سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (٣)



إلى معرفة أحوال الإنسان

في المعاملات الشرعية

على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان
ملائماً لسائر الأقطار الإسلامية

المجلد الأول

لمؤلفه المغفور له
محمد قدري باشا ١٢٢٧ - ١٣٠٦هـ

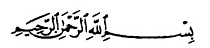
شرح ودراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بإشراف

أ. د. محمد أحمد سراج
أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة

د. أحمد جابر بدران
مدير مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة


بسم الله الرحمن الرحيم


مُرشِدُ الحَيران
إلى مَعرِفَةِ أحْوالِ الإنسان
في المعاملات الشرعية

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م

بطاقة فهرسة

فهرسة أثناء النشر إعداد الهيئة المصرية العامة لدار الكتب والوثائق القومية - إدارة الشؤون الفنية

قدري ، محمد قدري ، ١٨٢١ - ١٨٨٨ .
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ملائمًا لسائر الأقطار الإسلامية / لمحمد قدري ؛ شرح ودراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ؛ إشراف محمد أحمد سراج ، أحمد جابر بدران . - ط ١ - القاهرة : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، ٢٠١١م .
٣ مج ؛ ٢٤ سم . - (سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ؛ ٣).
تدمك ٠ ٠٠ ٥٠٥٩ ٩٧٧ ٩٧٨
١ - الفقه الحنفي. ٢ - المعاملات (فقه إسلامي).
٣ - أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت ، ٦٩٩ - ٧٦٧
أ - مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (شارح ودارس ومحقق).
ب - سراج ، محمد أحمد (مشرف) .
ج - بدران ، أحمد جابر (مشرف) .
د - العنوان .

٢٥٨,١

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي علم الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٢٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٢٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com



١- تعاني الدراسات الفقهية المعاصرة من حالة فقدان التوجه أو غياب الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، أو عدم وضوحها في الأقل. ويجب لكي نسعى لتوضيح هذه الحالة أن نجيب عن عدد من الأسئلة المتشابكة؛ من بينها: ما هو الهدف العملي الذي تريده هذه الدراسات؟ وما علاقة الدراسة الفقهية بالقانونية؟ وهل ما يزال الطموح إلى أسلمة التفكير القانوني قائمًا؟ وهل اعتبار الشريعة الإسلامية - مصدر التشريع الأساسي- مجرد لافتة براقة تحرص المجتمعات الإسلامية على رفعها دون عمل على تحقيقها في الواقع؟ وهل قامت الدراسات الفقهية المعاصرة بدورها في استكشاف الأدوات والمناهج المختلفة لتفعيل هذه النصوص الدستورية وتنزيلها في الواقع؟ ويجب أن نشحذ وعينا على الدوام بأن أية دراسة فقهية لا تغني الواقع ولا تتقدم به لن تكون سوى شقشقة لغوية تسهم في تغييب الهدف وتعميته أكثر مما تعين على الاقتراب منه. وأحسب أن على طلاب الفقه الإسلامي أن يعوا أهدافهم بوضوح، وأن تتم صياغة هذه الأهداف في الإطار الذي اتخذته الدراسات الفقهية على الدوام، وهو التمكين لإقامة العدالة في المجتمعات الإسلامية - وفق مقاصد الشريعة - في تحقيق التكافل والإخاء والمساواة، وتنمية هذه المجتمعات روحيًّا وماديًّا.

٢- والهدف من تقديم مرشد الحيران على النحو الذي أقدمه به مشروحًا وموضحًا وموازنًا بينه وبين نصوص القوانين المدنية العربية (المصري، الأردني، العراقي) هو العمل على إقامة جسور بين التفكير الفقهي والقانوني الذي نطبقه. وأحسب أن جذور التفكير القانوني العربي ما تزال ممتدة في أعماق التفكير الفقهي، وقد يقدم لنا مرشد الحيران فرصة فريدة للتأكد من عمق الصلة بين التفكيرين الفقهي والقانوني، لدرجة لا سبيل إلى إنكارها، نظرًا للتشابه الواضح بين نصوص المرشد، ومواد القوانين المدنية العربية في الصياغة والمبادئ والمفاهيم. والذي أريده أن يكون واضحًا وضوح الشمس أن الهدف من تقديم المرشد بالطريقة التي قدمته بها هو تأكيد مخاطبة الدراسات الفقهية للواقع العملي، وإدراك دور هذه الدراسات في إدارة العدالة في المجتمعات الإسلامية، مما عساه أن يسهم في تحديد وجهة هذه الدراسات وأهدافها وأدواتها لتحقيق هذه الأهداف.

٣- ولا أغالي إذا قلت إن تقديم مرشد الحيران مناسبة للنظر في أهداف الدراسات

الفقهية وأدوارها المعاصرة، ذلك أنه يتفرد بعدة مزايا؛ أهمها هو هذا التأثير البالغ في عدد من القوانين المدنية العربية الأساسية: العراقي، الكويتي، الأردني، الإماراتي، وهو ما يلحظه الناظر في المذكرات الإيضاحية الخاصة بهذه القوانين التي تحدد مصادر الكثرة الغالبة من موادها بالإشارة إلى أرقام مواد مرشد الحيران أو المجلة العدلية أو هما معًا. ويكفي هذا وحده أن يكون سببًا للعناية بنص مرشد الحيران، ومدارسته، وتحقيقه ونشره نشرًا علميًّا موثقًا لم يحظ به حتى الآن بالرغم من أهميته العملية في فهم نصوص هذه القوانين، وتيسير ردها إلى أصلها التاريخي المأخوذة منه.

٤- ويكتسب هذا المرشد أهمية خاصة بالنظر إلى الظروف التاريخية التي جرى تأليفه فيها، وذلك في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وهو الوقت الذي تمكنت فيه القوى الاستعمارية الغربية من مقدرات البلاد الإسلامية، وانكشفت فيه نواياها في تغيير النظام التشريعي السائد في هذه البلاد والمأخوذ من الفقه الإسلامي، متذرعة في ذلك بصعوبة رجوع القضاة والمتقاضين إلى مؤلفاته الأساسية لمعرفة حقوقهم، فجاء مرشد الحيران في هذا الوقت ردًّا علميًّا هادئًا وراقيًا على هذه الذريعة التي راجت للأسف الشديد وما تزال تروج بين بعض طلائع المثقفين. ويلفت النظر أن يكون قدري باشا - وزير العدل المصري في هذه الحقبة - هو الذي تصدى للدفاع عن الفقه الإسلامي، ببيان مرونة هذا الفقه وقدرته على الاستجابة للحاجات الحقيقية التي يكشف عنها تطور المجتمعات الإسلامية؛ ولذا قام - هذا الوزير - بصياغة مفاهيم الفقه الإسلامي الحقوقية وفق أصول الصياغة التي انتهجها القانون الفرنسي والذي سبقت ترجمته إلى اللغة العربية على يد رفاعة الطهطاوي بإيعاز من خديوي مصر إسماعيل.

٥- ويستلزم أخذ هذين الأمرين (تأثير المرشد في عدد من القوانين العربية وظروف صياغته) في الاعتبار إعداد خطة التحقيق إعدادًا خاصًّا يكشف عن القيمة العملية للمرشد وعن الرسالة التي قصد إليها مؤلفه؛ وذلك بانتهاج خطين متوازيين، أولهما: إثبات المصادر الفقهية المأخوذة منها نص المرشد، مع تحديد الجزء والصفحة لتأكيد الأصل الفقهي الحنفي لهذا النص. والآخر: إثبات مواد القوانين العربية الأساسية المأخوذة من مواد المرشد. وستُظهر المقارنة بين نصوص المرشد وهذه القوانين عن مدى التقارب أو التشابه أو التطابق الذي يكاد يكون حرفيًّا في أحيان كثيرة. ويبدو تحقيق نص المرشد طبقًا لهذه الخطة استحياء للرسالة التي يصلح المرشد أن يعبر عنها، وهي مشروعية مد الجسور بين أبعاد ثلاثة؛ وهي: ماضي التراث الفقهي، وزمن إنشاء هذا النص (الربع الأخير من القرن

التاسع عشر)، وحاضر التفكير الفقهي والتشريعي في بعض البلاد العربية التي تعين مذكرات قوانينها المدنية « المرشد » أصلًا تاريخيًّا للكثير من مواد هذه القوانين. لقد شغل مؤلف « المرشد » بمدِّ الجسور فيما يبدو لي بين تراث الفقه الحنفي وعصره، لكن هذه الجسور قد امتدت بما لم يخطر على بال المؤلف إلى عدد من القوانين المدنية العربية المعاصرة والمطبقة حتى الآن. وهذا هو ما دفعنا إلى صياغة خطة التحقيق لهذا الكتاب بالاتكاء على مؤلفات الفقه الحنفي لبيان مستند نصوص مواد المرشد من جهة، وعلى الرجوع إلى نصوص القوانين المدنية العربية المعاصرة من جهة أخرى؛ للجمع بينهما في سياق واحد، سعيًا إلى إدراك أعمق لحالة التفكير الفقهي في الماضي والحاضر.

٦- وبهذا تتكامل حلقات التفكير الفقهي، ويظهر قدري باشا بمرشده في إطار أوسع يطل فيه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والقدوري والمرغيناني والكاساني وابن نجيم وابن عابدين وعبد الرزاق السنهوري والصدة ومصطفى الزرقا ومحمد سليم العوا وطارق البشري وتوفيق الشاوي وغيرهم ممن شكلت جهودهم ملامح التفكير الفقهي في الماضي البعيد مرورًا بالقرن التاسع عشر والعصر الحاضر. لقد برهن مرشد الحيران بقابليته لخطة التحقيق - هذه - التي تجمع بين مصادره من الفقه الحنفي وامتداداته في القوانين المدنية العربية في قرن واحد على أن حاضر التفكير الفقهي والتشريعي لا ينفصل عن الماضي القريب أو البعيد. وهكذا فإن الذاكرة التشريعية للحاضر ممتدة في الماضي بالقدر الذي يتمدد فيه التراث الفقهي في الحاضر التشريعي، شريطة الوعي بالخطوط الفاصلة بين كلٍّ من التراث والحاضر ومناهج الإفادة منهما. وإذا كان التراث الفقهي يمثل الخيارات والبدائل المتاحة للحاضر التشريعي، فإن هذا الحاضر يمثل بكثافته الواقعية معيارًا لوزن الآراء الفقهية المختلفة وفهمها ومعرفة مقاصدها العملية المختبئة خلفْ بهاء أبنيتها النظرية وبريق أدلتها وجاذبية البراهين العقلية أو النصية.

٧- وأريد التأكيد بقدر ما يسعني الوضوح على أن اتباع هذه الخطة في تحقيق مرشد الحيران من شأنه تيسير تحديث التفكير الفقهي في مجال المعاملات المدنية؛ وذلك بضبط منهج التخيّر من الآراء الفقهية المختلفة، والأخذ منها بما يتفق مع اتجاهات القوانين المدنية العربية الرئيسية التي شكلت الأعراف الحقوقية السائدة في البلاد المطبقة فيها. وتسوغ الفلسفة الأصولية التي تبناها العديد من الفقهاء المسلمين الترجيح بين الآراء الفقهية المتخالفة بالنظر إلى قاعدة المصالح التي يعد العرف أحد فروعها. وهكذا تقدم المفاهيم التشريعية المعتمدة في القوانين المدنية العربية أساسًا للتخير من الآراء الفقهية والترجيح

بينها بحكم تعبير هذه المفاهيم عن المصالح الاجتماعية والأعراف المقبولة في البلاد المطبقة منها. وإذ تحظى المصالح والأعراف بالاعتبار داخل أصول الفقه الإسلامي فيصبح البحث عن نقاط الالتقاء بين التراث الفقهي والمفاهيم القانونية أمرًا مشروعًا. وتعمل خطة تحقيق المرشد بالجمع بين الرجوع إلى هذا التراث وتلك المفاهيم في هذا الإطار.

٨- وليس هناك أدنى تكلف من الناحية العلمية في انتهاج شرح نصوص المرشد ببيان مستندها من التراث الفقهي الحنفي وامتداداتها في القوانين المدنية العربية فيما تبرزه المذكرات الإيضاحية لعدد من هذه القوانين، فقد فرضت هذه الخطة نفسها، غير أنها ما لبثت مع المضي في العمل وتقدمه أن كشفت عن عمق التواصل بين كلٍّ من المفاهيم التشريعية التراثية والقانونية، واشتراكهما معًا في العمل على تحقيق مقصد العدالة في الواقع الاجتماعي الذي نعيشه. وينبغي الإلتفات إلى أن كلًّا منهما يستمد قيمته الحقيقية في المجتمع من توخي هذا المقصد، ولا بد من تأكيد أن أي فكر فقهي لا طائل منه في تمكين العدالة وحراستها إنما هو مجرد شقشقة لغوية لا صدى لها. ويستحثنا الاشتراك بين هذه المفاهيم في المقصد البحث عن الإطار الفلسفي الذي ينير طريق الباحثين عن العدل والمنوط بهم تحقيقه في الواقع الاجتماعي، مما عساه أن يقضي على ازدواجية المرجعية في نظمنا القانونية القائمة، وتمثلها في أصول القوانين الغربية أحيانًا، وفي قواعد الفقه الإسلامي في أحيان أخرى. لقد جرى فرض هذه الازدواجية في ظروف تمكن القوى الغربية من مصائر المجتمعات الإسلامية في ظل الهجمة الاستعمارية الشرسة على البلاد العربية والإسلامية، ولا يسوغ استمرار هذه الازدواجية بعد انتهاء هذه الهجمة ونيل الاستقلال. ولا يعين افتراض حتمية التقابل بين طرفي هذه الازدواجية (المرجعية الفقهية أو الوضعية) على الوصول إلى صياغة عامة لفلسفة العدالة، وإنما يلزم البدء مما هو مشترك بين الطرفين، وهو العدل ومقتضياته وشروطه. ولا تنحصر البراهين الدالة على أن فقهاء الصحابة والتابعين قد وضعوا نصب أعينهم نموذج العدل الذي حث عليه القرآن الكريم والسنة النبوية، واستلهموا هذا النموذج في الإفادة من تجارب الأمم السابقة عليهم، وتشكيل ملامح تجربتهم الفقهية والتشريعية الخاصة بهم.

٩- وتتضمن خطة شرح مواد المرشد الإشارة إلى المفاهيم الحقوقية التي تشير إليها هذه المواد دون أن تفصح عنها، وقد اقتضى هذا النظر جهدًا كبيرًا، غير أن الذي يسره هو التنظيم الدقيق الذي اتبعه قدري باشا لهذه المواد، بحيث تتوازى مع التنظيم المتبع في المدونات القانونية.

وعلى سبيل التوضيح، فإنه قد تناول في المواد (١٦٨ - ٢٦١) مفهوم الدين وأنواعه وأساليب الوفاء به، ونطرق من ذلك إلى أساليب الوفاء بمقابل أو انقضاء الالتزام بدون وفاء، وهو يبرز في هذا الإطار الحقوقي عددًا من المفاهيم الحقوقية المبعثرة في بطون الكتب الفقهية؛ كتجديد الدين والمقاصة واستحالة تنفيذ الالتزام، وهو ما أكسب هذه المفاهيم إلفًا جديدًا تمثل في ترابطها وقيمتها الحقوقية العملية. فأسلوب عرض المدين الوفاء بالدين على الدائن، وما يترتب على ذلك من حق إيداع الدين لدى القاضي أو المحكمة مما قد لا يلتفت إلى أهميته العملية في إطار التعبير الفقهي الجزئي، أما حين عرضه قدري باشا في إطار تنظيمه لأساليب الوفاء بالدين، فإنه ينتقل به إلى درجة من الوضوح هي التي يسرت الإفادة منه في القوانين المدنية العربية التي جعلته أحد مصادرها الأساسية، سواء تلك القوانين التي أشارت في مذكراتها الإيضاحية إلى مصدرها من المرشد، أو التي تجاهلت النص على ذلك في هذه المذكرات. وقد أشرت إلى ذلك، ونقلت نصوص المواد، ولم أشغل نفسي بالبرهنة على الاشتراك في الصياغة دائمًا، وإن نبهت إليها أحيانًا. وأجد من واقع ما قمت به في ذلك أن القانون المدني العراقي والأردني اللذين حافظا على بنية القانون المدني المصري قد توخيا نقل عبارات المرشد بألفاظها، وقصدًا إلى ذلك، دون أن يفقدا الرغبة في الاحتفاظ بما حققه القانون المدني المصري من تقدم في استيعاب التفكير القانوني المعاصر والتعبير عنه.

١٠- وأود أن أشير ولو على نحو عارض إلى أن تأثير المرشد في هذه القوانين لا يقل عن تأثير مجلة الأحكام العدلية، على الرغم من تعارض ذلك مع ما قد يستفاد من إشارات العلامة عبد الرزاق السنهوري في أوراقه الشخصية، وأحسب أن التنظيم الذي جاء عليه المرشد، واتخاذه الإطار القانوني في كثير من الأحوال هو الذي ضمن للمرشد هذا التأثير الذي أشرت إليه.

١١- لقد طُبع « مرشد الحيران » طبعات عديدة؛ اضطربت أرقام موادها واختلفت هذه الأرقام فيما بين هذه الطبعات، وقمنا بالموازنة بين هذه الطبعات، واخترنا تلك التي اختارتها القوانين المدنية العربية التي كثرت في مذكراتها الإيضاحية الإشارات إلى مواد المرشد؛ وهذه الطبعات بحسب تواريخ صدورها هي:

١- (١٣٠٨هـ) مطبعة بولاق.

٢- (١٨٩١م) المطبعة الكبرى الأميرية.

٣- (١٣٢٧هـ/ ١٩٠٩م) المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى نظارة المعارف.

٤- (١٩٣٨م) المطبعة الأميرية

٥- (١٤٠٣هـ/ ١٩٣٨م) دار الفرجاني - القاهرة - طرابلس - ليبيا - لندن.

وقد أثبتنا نص المادة مع رقمها وإثبات المصادر التي أشار إليها المؤلف بطريقته الخاصة السائدة في عصره، وهي إثبات عنوان المرجع، والباب ومكان مأخذه من الباب أوله، آخره وسطه وما إلى ذلك. والتزمنا في شرح النص بإثبات المصادر الفقهية المستمد منه هذا الشرح، وذلك لتيسير الإفادة أو الاستزادة لمن أراد.

وأتبع ذلك بترجمة للمؤلف تتناول حياته وتعليمه وآثاره.

١٢- قدري باشا: تنحصر المراجع المعتمد عليها لتحرير حياة المؤلف في مقالين؛ **أولهما**: نشر بالمقتطف في العدد الصادر أول أبريل ١٩١٦م الموافق ٢٨ من جمادى الأولى سنة ١٣٣٤هـ، وصاحب هذا المقال هو توفيق أفندي إسكاروس الذي يصرح في صدر مقاله أنه استخلص ترجمته لقدري باشا من نجله محمود بك ومن بعض أصدقائه.

أمّا المقال الآخر: فهو لأديب مصر الكبير محمد حسين هيكل المنشور في تراجم مصرية وغربية، وقد أمدنا به الأستاذ الكريم طارق البشري، فلزم الشكر والتنويه.

١٣- ولد محمد قدري باشا عام (١٨٢١م) بمدينة ملوي في صعيد مصر، لأب تركي جاء مصر واستوطنها والتزم بعض القرى المحيطة بهذه المدينة، ثم عين حاكمًا عليها، أما أمه فمصرية الأصل حسنية النسب. ولا بد أن يكون الطفل قد بدأ تعليمه كغيره من الناس آنذاك بحفظ شيء من القرآن الكريم، ودراسة العلوم الدينية والعربية والحساب، ليدخله أبوه بعد ذلك مدرسة أهلية صغيرة، حتى إذا أتم الدراسة بها جاء إلى القاهرة ليلتحق بمدرسة الألسن المشهورة التي كان مقرها في أبي زعبل، وكان منهج دراسة اللغة العربية بها مشابها لنظيره في الأزهر أيام رئاسة رفاعة الطهطاوي لهذه المدرسة، ومع ذلك فكثيرًا ما كان يتردد هذا الطالب على الجامع الأزهر ليحضر دروس النابغين من أساتذته حتى بعد تعيينه مترجمًا مساعدًا بهذه المدرسة، مما يدل على شغفه بدراسة العلوم الشرعية واللُّغوية والتبحر فيها على النحو الذي ظهر أثره فيما ألفه بعد ذلك من مؤلفات تنم عن خبرة عميقة بالفقه الإسلامي.

١٤- وقد عين محمد قدري عقب تخريجه بمدرسة الألسن مترجمًا بوزارة المالية، ثم سافر إلى الشام مترجمًا لواليها شريف باشا المعيَّن من قبل الحكومة المصرية التي بسطت سلطتها عليه بعد طرد العثمانيين منه، ثم سافر إلى الآستانة مع شريف باشا ليعود إلى مصر

أيام الخديوي إسماعيل، حيث عمل مربيًا لولي العهد توفيق وإخوته، ولم يطل به المقام في ذلك فعين مستشارًا بالمحاكم المختلطة، ثم اختير ناظرًا للحقانية، ثم وزيرًا للمعارف فترة قصيرة يعود بعدها وزيرًا للحقانية مرة أخرى.

وقد صدرت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أثناء توليه هذه الوزارة، وكان مكلفًا بالاشتراك في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنايات. وقد اشترك قبل ذلك بتكليف رسمي من السلطان عبد العزيز مع مصطفى أفندي رسمي في تنقيح الدستور العثماني، وأتما ذلك بهمة واضحة تدل على معرفتهما بتطور القانون الدستوري في الغرب، كما يدل طلب السلطان من الخديوي إسماعيل تكليف قدري باشا بالاشتراك في هذا التنقيح على مدى الشهرة التي نعم بها في إحاطته بالعلم القانوني مما رشحه بعد ذلك لتولي وزارة الحقانية ثلاث مرات. ويلزم التنويه بمحاولتي العثور على ملف خدمة هذا الوزير النابه لدى وزارة العدل المصرية فلم أوفق إلى ذلك. ولعلنا نستطيع بذل محاولة أخرى في القريب العاجل.

١٥- ولم يشغله تقلد هذه المناصب وتوليه هذه المسؤوليات عن التأليف والترجمة في عدد من المجلات اللغوية والأدبية والتاريخية والقانونية والفقهية.

وفيما يلي قائمة بمؤلفاته الأدبية التاريخية:

١- لمحة تاريخية لمصر. طبعت بالقاهرة بمطبعة أنسي وموريس بالموسكي سنة (١٨٦٩م) في ١٥ صحيفة.

Notions geographiques accompagnees de quelques notices histo - riques sur les principals villes de l'Egypte, publiees et traduites en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne. Lmprimerie p. Cumbo (1869).

٢- معلومات جغرافية مصحوبة ببعض نبذ تاريخية لأهم مدن مصر. جمعت وترجمت بالعربية لفائدة الشبيبة المصرية. طبعت بالقاهرة سنة (١٨٦٩م) بمطبعة كومبو في (٢٣١) صحيفة.

وقد أهدى هذا الكتاب إلى ولي العهد، ثم أعيد طبعه في فيينا بالمطبعة الملوكية سنة (١٨٧٠م) حينما كان هناك مع ولي العهد يداوي عينيه ووصف نفسه بأنه بدائرة ولي العهد في(٢٥٨) صحيفة وخريطة.

Abrege de la grammaire franqaise traduite en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne.

٣- مختصر الأجرومية الفرنساوية. ترجمت إلى العربية لفائدة الشبيبة المصرية.

وقد تكررت طبعاتها وأهديت إحداها إلى شريف باشا بوصف كونه ناظرًا للمعارف المعروفة آنئذ بديوان المدارس المصرية.

Nouveau guide de conversation franqaise torque et arabe ou la langue franqaise mise a la portee des Orientaux.

٤- الدر المنتخب من لغات الفرنسيس والعثمانيين والعرب. ألفه أيضًا حينما كان بدائرة ولي العهد. طبع بالإسكندرية سنة (١٨٧٠م) وأعيد طبعه بالمطبعة الأهلية حينما كان بالمعية السنية.

٥- آجرومية في اللغة العربية بقواعدها. ولم تطبع بعد.

Guide de conversation franqaise arabe contenant une methode d'enseignement simple pratique pour l'etude de ces deux langues a l'usage des indigenes et des Europeens.

٦- الدر النفيس في لغتي العرب والفرنسيس. تكررت طبعاته أيضًا وهو كتاب ضخم يقع في (٧٠٠) صحيفة ونيف.

٧- اللآلي السنية، في ثلاثة أجزاء: أحدهم للمفردات، والأخران للجمل والأمثال. طبعت سنة (١٢٨٠هـ).

٨- مفردات في علم النباتات. لما كان أستاذًا للغة الفرنساوية في القصر العيني، مطبوع في كتاب لغوي.

٩- المترادفات باللغة الفرنساوية والعربية. طبع عدة طبعات.

Vocabulaire Franqais, Arabe Biographe de S.A. le Khedive Mohammed Tewfik Pacha.

١٠- ترجمة سيرة محمد توفيق باشا خديوي مصر. يظهر أنه وضعها بناء على طلب سموه، وأودعت في كتب خانة المعية السنية، وأرسلت صورة منها لباريس لتطبع في كتاب التاريخ العام.

١١- رسالة في علم الصرف. مخطوطة في عشر ورقات كتبت سنة (١٣٠٠هـ) اشتريت وحفظت بدار الكتب.

١٢- قطر أنداء الديم في النصائح والمواعظ والحكم. جمعه من كتب الأدب، وطبع بمطبعة المدارس على مثال مجموعة المرحوم عبد الله باشا فكري المسماة: الدرر الغوال في المواعظ والأمثال.

١٣- ديوان أشعار. جمعه نجله محمود بك. لم يطبع بعد على حدة لكن كانت أشعاره وقصائده تنشر في الوقائع المصرية بعضها طويلة في (١٥٠) بيتًا.

١٩- أمَّا مؤلفاته القانونية ففيما يلي قائمة بها:

١- قانون الحدود والجنايات. وهو ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي، وقد طبعت هذه الترجمة عام (١٢٨٣هـ).

٢- واشتغل بوضع مؤلف عنوانه: أجاسن الاحتياطات لما يتعلق بتقليل الجنايات وسماه بالفرنساوية Le bon regirne pour diminuer le crime وهو تحت نظر وزارة الحقانية اليوم قدمه ولده بواسطة سعادة كحيل باشا، كما اشتغل بتعريب قوانين المحاكم المختلطة حوالي سنة (١٨٧٤م) مع اللجنة الرسمية المكلفة بذلك في نظارة الحقانية المنشأة حديثًا استعدادًا لاختيار ما يلائم وضعه للمحاكم الأهلية لتطبيقها على العرف والعادة.

٣- قام بتنقيح القوانين المصرية الأهلية.

Modification des codes des tribunaux indigenes.

٤- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. ملائمًا لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية.

ولا يمكن لغير متضلع في أحكام الشريعة الغراء وواقف على دقائق المذهب الحنفي أن يُلم بدقائقه؛ إذ لخصه من عدة كتب في الفقه مستشهدًا بآراء الأئمة والمجتهدين.

أمَّا النسخة الأصلية المخطوطة؛ فمحفوظة بدار الكتب السلطانية واشتريت من الورثة بمبلغ خمسين جنيهًا، وخابر علي باشا مبارك فضيلة مفتي الديار المصرية الشيخ محمد العباسي المهدي الحنفي في (نوفمبر سنة ١٨٨٩م) (٩ ربيع أول سنة ١٣٠٧هـ) في ذلك فأصلح وغير تطبيقًا لما عليه العمل، وانضم إليه فضيلة الشيخ حسونة النواوي، وكان وقتئذ مدرس الشريعة الإسلامية بمدرستي دار العلوم والحقوق. وصدر قرار نظارة المعارف في أواخر سنة (١٨٩٠م) وطبع على نفقتها بالمطبعة الأميرية وتكررت طبعاته؛ لأنه تقرر تدريسه بمدرسة الحقوق وحفظت حقوق الطبع لها. وقد ترجمه إلى اللغة الفرنساوية سعادة عبد العزيز كحيل باشا المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية أيام كان وكيلًا لمحكمة الإسكندرية الأهلية على نفقة النظارة بقرار وزاري، وزيد على الترجمة من مخطوط في المقاصة وبعض مواد أخرى سلمه نجل المؤلف للوزارة.

٥- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، طبع ببولاق سنة (١٨٩٤م)

ترجمه أيضًا كحيل باشا سنة (١٨٩٦م) بناء على طلب نظارة المعارف العمومية وتصديق ناظر الحقانية. والذي قمنا بضبط نصه وشرح مواده وقامت مؤسسة دار السلام للطباعة بطباعته في صورة رائعة في جزء واحد.

٦- كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. طبع ببولاق سنة (١٢٩٨هـ). ثم طبعه أمين أفندي هندية بترخيص نظارة المعارف وتعددت طبعاته بها. وقد شرحه حديثًا الأستاذ محمد بك زيد الأبياني، مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق السلطانية، وقال في المقدمة: وهو ذلك الكتاب الذي وإن جمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين، بيد أن مؤلفه - رحمه اللَّه - لم يبعد به الإيجاز عما لم يسلم منه كل مختصر، بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة، مبهمة الإشارة، والأخرى مطلقة الأحكام الواجبة التقييد.

وقد قمنا بشرح هذا الكتاب، وقامت مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر بطباعته سنة (٢٠٠٦م) في أربعة أجزاء.

الكتاب الأول

في الأموال





البَابُ الأوَّلُ
في أنواع الأموال

● (مادة ١): **المال: ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة. وهو نوعان: عقار، ومنقول**[1].

---

(١) هذا هو تعريف المال طبقًا لمذهب الأحناف، جاء في حاشية ابن عابدين : « أن المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ». وإنما تثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم. حاشية ابن عابدين : ٤/ ٣، ١٠٥ – ١٠٧، ويلزم من اشتراط إمكان الادخار إلى وقت الحاجة اعتبار المنافع من غير الأموال. ويتفق تعريف (المادة ١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية مع التعريف المذكور. ويشير هذا التعريف إلى ضابطي المالية عند الأحناف؛ وهما:
أ- تمول الناس وبذلهم الأثمان في الحصول على الشيء المعتبر مالًا؛ فما لا يتموله الناس كحبة حنطة لا يكون مالًا، وإن أباح الشارع الانتفاع به. ويختلف التمول عن التقوم في أن التقوم يشترط له مجموع أمرين أولهما: التمول، وبذل الناس الأثمان في الحصول على الشيء. والثاني: إباحة الانتفاع بالشيء شرعًا؛ فالخمر مال؛ لأن الناس أو بعضهم يبذلون الأثمان في الحصول عليها، وهي ليست متقومة؛ لأن الشارع حرم الانتفاع بها. والمالية بهذا أعم من التقوم وتصدق على ما يرغب فيه الناس ويبذلون الأثمان للحصول عليه.
ب- إمكان الادخار لوقت الحاجة. وإنما قصد الأحناف بهذا الضابط إخراج المنافع من المالية بحكم أنها لا تقبل الادخار ومع ذلك، فالمنافع متقومة بالعقد عندهم؛ لأن التقوم أخص من المالية في المذهب الحنفي.
وتفترق المالية في هذا المذهب عن الملك؛ إذ المنافع عندهم ملك لا مال. وفي (المادة ١٢٥) من مجلة الأحكام العدلية تعريف الملك بأنه: (ما ملكه الإنسان سواء كان أعيانًا أو منافع)، وإنما اعتبر الأحناف المنافع ملكًا لا مالًا؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة، التوضيح لصدر الشريعة : ١/ ٣١٤، ويبدو أن بعض المتأخرين من علماء المذهب الحنفي قد اكتشفوا ما قد يتجه على هذا التعريف من نقد وذلك في استبعاد المنافع من الأموال؛ ولذا جاء تعريف ابن نجيم للمال شاملًا للمنافع ونص هذا التعريف أن المال: «اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار » البحر الرائق : ٥/ ٢٧٧.
ولا نجد اشتراط إمكان الادخار في المذاهب الفقهية الأخرى؛ فعرفه الشاطبي بأنه هو: « ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه » الموافقات للشاطبي : ٢/ ١٠. وعرفه ابن العربي بأنه: « هو ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادةً وشرعًا للانتفاع به » أحكام القرآن لابن العربي : ٢/ ٦٠٧، ويتفق الشافعية مع المالكية في تعريف المال هذا التعريف العام الذي لا يتضمن اشتراط إمكان الادخار؛ إذ يذكر السيوطي أنه لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت ومالا يطرحه الناس؛ مثل الفلس وما أشبه. الأشباه والنظائر: ص ٣٢٧. ويعرف الزركشي المال بأنه: « ما كان منتفعًا به؛ أي مستعدًا لأن ينتفع به، وهو إما أعيان أو منافع » المنثور في القواعد للزركشي : ٣/ ٢٢٢.
ويشمل المال بهذا كل ما له أثر في النفع باستعداده وتهيئته سواء كان عينًا أو منفعة، أو حقًا من الحقوق المالية. ويضبطه بوجه عام أن ما أجاز الفقهاء بيعه أو رهنه أو الصلح عنه، من الحقوق والمنافع، وغيرهما كان من الأموال، وذلك كحق الأرش وحقوق الارتفاق، وتعجيل المؤجل من الديون بخلاف الحق في الشفعة فإنه لا يجوز الصلح عنه ببذل الأموال ولا بيعه وتبطل الشفعة بذلك. شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم : ص ٤١.
ويتفق تعريف الحنابلة للمال مع تعريف المالكية والشافعية؛ ففي (المادة ١٨٢) من مجلة الأحكام الشرعية تعريف المال بأنه: « هو ما يباح نفعه مطلقًا أو اقتناؤه بلا حاجة »، وبهذا يقترب مفهوم المال من مدلوله العرفي، حيث ينصرف إلى =

بدأ المؤلف - رحمه اللَّه - كتابه بالحديث عن المال لما له من أهمية خاصة في الحياة فالمال هو مرتكز حياة البشر وعلاقاتهم قائمة عليه؛ وذلك لأن الإنسان مدني بطبعه لا يستطيع أن يعيش إلا في جماعة من الناس يرتبط بهم بروابط التعاون والتشارك حتى يستطيع أن يشبع حاجياته الأساسية ورغباته الإنسانية، فهو يحتاج إلى تبادل وتقايض ومعاطاة، كما يدفعه ذلك الاحتياج إلى التشاحن والتغالب والتكالب والتطاحن، وذلك لا يتأتى إلا بالمال الذي طبعت النفوس إلى الميل إليه والحرص عليه.

وكما أن روابطه العائلية وعلاقاته الأسرية من مقضياتها النفقة والتوارث والإيصاء والهبات وغيرها من المعاملات التي يكون محورها الأساسي المال .

وقد راعت الشريعة الإسلامية قيمة المال وأهميته في حياة الناس؛ لهذا وضعت الضوابط

= كل ما يعده الناس مالًا، سواء عند جميعهم أو عند بعضهم ويبذلون الأثمان للحصول عليه، سواء كان ذلك من الحقوق الشخصية أو العينية.

ويشمل المال (property) في القانون الإنجليزي المنقولات والعقارات والأشياء الأخرى التي يشكل الاعتداء عليها جريمة من الجرائم، كما يشمل المنافع والديون والفوائد المتوقعة والمحتملة، والوثائق والأدوات التجارية، وحقوق التأليف والإنتاج الذهني والفني، والعلامات التجارية ولا يدخل في مال الشركة (المؤسسة المالية COMPANY) رأس مالها غير المدفوع. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي د. محمد سراج : ص ١٦٠، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، والمراجع مثبتة في هذا الموضع.

ويعرف المال في القوانين المدنية العربية بأنه الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصيًا أم عينيًا، كما يعرف بأنه الحق الذي يمكن تقويمه بالنقود. الوسيط للسنهوري : ١/ ١٠٣ وما بعدها.

وقد جاء في (المادة ٨١) مدني مصري تعريف المال بما لا يخرج عن ذلك، ونص هذه المادة:

١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية.

٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أن يستأثر أحد بحيازتها. وأما الخارج بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلًا للحقوق المالية.

ويقابل معيار التمول وبذل الناس الأثمان للحصول على الشيء المحكوم بماليته في الفقه الإسلامي معيار تعامل الناس في الشيء للحكم بماليته. والمعيار الفقهي أدق في الصياغة؛ إذ التعامل أعم من التداول ببذل القيم ولهذا قصدت الصياغة في (المادة ٥٣) من القانون المدني الأردني إليه، ونصها: « المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل ».

وقد جاءت (المادة ٥٤) مدني أردني بشيء من التفصيل في الإشارة إلى عدد من الحقوق المالية، ونصها:

« كل شيء يمكن حيازته ماديًا أو معنويًا والانتفاع به انتفاعًا مشروعًا، ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية ».

وإنما جاء النص على ذلك في القانون المدني الأردني لكثرة الأشياء المعنوية غير المادية التي يتمولها الناس؛ وذلك كالأسماء التجارية والعلامات التجارية والتأليف والاختراعات وما إلى ذلك من أشياء تعارف الناس على تمولها تعارف لم يعد هناك مجال للشك فيه ولا لإنكاره.

والنص على تعريف المال كذلك في المواد (٨٣) سوري و (٦١) عراقي و (٩٥) إماراتي.

والأحكام للحفاظ عليه، فكان من كلياتها الخمس: (حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ الدين، حفظ النسل، حفظ المال)[١] كل هذا دفع المؤلف إلى أن يبدأ كتابه الذي وضعه لمعرفة أحوال الإنسان. وفي هذه المادة يعرف المؤلف المال كما هو في اصطلاح السادة الأحناف ولكن قبل أن نتكلم عن هذا التعريف لا بد أن نعرفه في اللغة؛ فنقول: وهو ما ملكته من كل شيء والجمع أموال. وفي اصطلاح الحنفية: هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[٢]، أو ما خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ويجري فيه الشح والضنة[٣]. وقيل إحراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة[٤].

على ضوء هذا التعريف يظهر أن الشيء لا يعد مالًا إلا إذا توفر فيه أمران:

١- إمكان الإحراز سواء أحرز بالفعل أم لم يحرز وتثبت المالية والتقوم بالإحراز، وفي هذا المعنى يقول الإمام أبو حنيفة ﷺ: المالية والتقوم إنما يثبت بالإحراز. ألا ترى أن الصيد قبل الإحراز لا يكون مالًا متقومًا وبعد الإحراز يصير مالًا متقومًا؛ لأن الصيد قبل الإحراز لا قيمة له؛ لأنه مباح، والمباح لا يتقوم إلا بالإحراز وحتى يثبت التقوم بالإحراز لا بد أن يكون هذا الإحراز على قصد التمول؛ فالآدمي وإن صار مالًا بعد أن لم يكن في الأصل مالًا - لأنه خلق لأن يكون مالكًا للمال - ولكن ذلك إذا أحرز للتمول، وأُمُّ الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتمول، وإن كان أوَّل تملكها كان للتمول، لكن عندما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما قلنا، والتمول يكون بتمول الناس كافة أو بعضهم، وذلك بالصيانة والادخار لوقت الحاجة، ولا يتأتى ذلك فيما يتسارع إليه الفساد؛ وذلك مثل: الثمار الرطبة والخبز واللحم والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحناء. ومع أن هذه الأشياء تعتبر أموالًا وصالحة للبيع والشراء إلا أن في ماليتها نقصانًا لتسارع الفساد إليها وعدم احتمالها للادخار عادة و ما يتسارع إليه الفساد يتمكن النقصان في ماليته.

٢- إمكان الادخار لوقت الحاجة - كل ما لا يمكن ادخاره لا يعد مالًا. وهذا الشرط وضعه الحنفية لإخراج المنافع من الأموال فهي ليست أموالًا على الحقيقة - وإن أخذت

---

(١) د. علي جمعة، ترتيب الكليات الخمسة والاعتراضات التي وردت على الترتيب الذي قرره في كتابه: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، طبعة دار السلام، ص ٣١٦.

(٢) راجع: البحر الرائق: ٥/ ٢٧٧، رد المحتار: ٤/ ٥٠١، ٥/ ٥٢، ٦/ ٤٤٩.

(٣) راجع: المبسوط: ٧/ ١٦١، تبيين الحقائق: ٣/ ٨٤، فتح القدير: ٤/ ٤٨٩.

(٤) تبيين الحقائق: ٥/ ٢٣٥.

حكمها بالعقد - وذلك لأنها لا تتولد من العين لكنها أعراض تحدث في العين شيئًا فشيئًا، وكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى؛ لهذا لا تبقى زمانين وليس لما لا تبقى زمانين صفة التقوم؛ لأن التقوم لا يسبق الوجود، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز والاقتناء، والأعراض لا تقبل هذه الأوصاف، إلا أن يثبت إحرازها بولاية العقد حكمًا شرعيًّا بناء على جواز العقد (كالإجارة، والتجارة) فلا يثبت في غير موضع العقد، بل يثبت التقوم في حكم العقد خاصة؛ ولأن التقوم في حكم العقد ثبت لقيام العين مقامها كما أنها لا تثبت في الذمة والتفاوت بين العين والمنافع في نفس الوجود؛ لأن العين جوهر يبقى ويقوم به العرض، والمنفعة عرض لا يبقى ويقوم بالجوهر وبين ما يبقى ويقوم به غيره وبين ما لا يبقى ويقوم بغيره تفاوت فاحش[1].

والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة، والتقوم يستلزم المالية عند أبي حنيفة، والملكية عند الشافعي؛ فعنده منافع المغصوب تضمن بالغصب، بأن يمسك العين المغصوبة مدة ولا يستعملها، وبالإتلاف بأن يستخدم العبد، ويركب الدابة، ويسكن الدار مثلًا، وعند أبي حنيفة لا يضمن؛ لأن المنفعة عرض، والعرض غير باق، وغير الباقي غير محرز؛ لأن الإحراز هو الصيانة، والادخار لوقت الحاجة فيتوقف على البقاء لا محالة. وما ليس بمحرز ليس بمتقوم؛ كالصيد، والحشيش، فالمنفعة ليست بمتقومة فلا تكون مثلًا للمال المتقوم فلا يقضى إلا بنص، ولا نص، وعلى عدم بقاء الأعراض منع ظاهر؛ إذ لا يخفى أن انعدام الألوان في كل آن، وتجدد أمثالها بمنزلة انعدام الأعيان، وحدوث أمثالها في كل آن وقد سبق أنه سفسطة، اللَّهم إلا أن يخص الحكم بالأعراض المتصرمة مثل المنافع مثلًا، وأيضًا للخصم أن يقول: بل التقوم باعتبار الملكية، وإطلاق التصرف، وهي راجعة إلى المنافع إذ بها إقامة المصالح، وتقضية الحوائج لا بنفس الأموال[2]. فالمنافع ليست بمال وإنما تتقوم بالعقد أو شبهة العقد للضرورة.

وكذلك الحقوق؛ فهي ليست أموالًا عندنا؛ فهي في حقيقة الأمر إما منفعة خاصة لفرد من الأفراد، أو منفعة عامة والحقوق منها ما يورث كحق حبس المبيع وجنس الرهن، ومنها ما لا يورث كحق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف والنكاح؛ أي : حق التزويج[3].

---

(١) راجع: المبسوط : ١١/ ٧٩، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٣٥، البحر الرائق : ٥/ ٢٧٧، رد المحتار : ٤/ ٥٠١، ٥/ ٥٢.

(٢) راجع: شرح التلويح على التوضيح : ١/ ٣٢٩، رد المحتار : ٤/ ٥٠١، ٥/ ٥٢.

(٣) راجع: رد المحتار : ٦/ ٧٦٥.

والشفعة كذلك ليست بمال في الحقيقة، وإنما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة[١] والمال قد يكون حلالاً وقد يكون حرامًا فليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية[٢].

وعلى هذا؛ فالمال أعم من المتقوم؛ لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال ولكنه ليس بمتقوم؛ وذلك لأن بعض الناس يتمولونه وينتفعون به في اعتقادهم إباحته، ولكنه لا يعد متقومًا عندنا؛ أي: عند المسلمين؛ لأن الشرع أفسد تقومه بتحريم الانتفاع به فما حرم الانتفاع به شرعًا حرم تموله، وما كان كذلك فلا يعتبر عندنا مالًا متقومًا فبتخمر العصير لا تنعدم ماليته، وإنما ينعدم تقومه شرعًا، وعلى هذا فلا ينعقد بيع الخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال في حق المسلمين، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر، والخنزير فلأنه مباح الانتفاع به شرعًا لهم كالخل، وكالشاة لنا، فكان مالًا في حقهم فيجوز بيعه. وروي عن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ كتب إلى عشاره بالشام أن ولّوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها، ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع. وعن بعض مشايخنا: حرمة الخمر، والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم، والكافر؛ لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات، وهو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم، لكنهم لا يمنعون عن بيعها؛ لأنهم لا يعتقدون حرمتها، ويتمولونها. ونحن أمرنا بتركهم، وما يدينون. ولو باع ذمي من ذمي خمرًا، أو خنزيرًا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع؛ لأنه بالإسلام حرم البيع، والشراء، فيحرم القبض، والتسليم أيضًا؛ لأنه يشبه الإنشاء أو إنشاء من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطًا، وأصله قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٧٨]، والأمر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضه يؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة: ﴿ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. وإذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة، فيبطله القاضي كمن باع عبدًا فأبق قبل القبض، ولو كان إسلامهما أو إسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع؛ لأن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد، والقبض في حالة الكفر، وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك. والإسلام لا ينافي ذلك؛ فإن من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها، ولو أقرض الذمي ذميًّا خمرًا ثم أسلم أحدهما فإن أسلم المقرض سقطت الخمر، ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرض، أما سقوط

---

(١) المبسوط: ١٤/ ١٤٥.

(٢) راجع: المبسوط: ٥/ ٢٤٠.

قيمة الخمر؛ فلأن العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شيء له، وإن أسلم المستقرض. روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه اللَّه - أنه تسقط الخمر، وليس عليه قيمة الخمر أيضًا كما لو أسلم المقرض، وروى محمد، وزفر، وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة - رضي اللَّه عنهم - أن عليه قيمة الخمر، وهو قول محمد - رحمه اللَّه -.

وجه هذه الرواية أن امتناع التسليم من المستقرض إنما جاء لمعنىً من قبله، وهو إسلامه فكأنه استهلك عليه خمره، والمسلم إذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته.

وجه رواية أبي يوسف - رحمه اللَّه - أنه لا سبيل إلى تسليم المثل؛ لأنه يمنع منه، ولا إلى القيمة؛ لأن ذلك يوجب ملك المستقرض، والإسلام يمنع منه[1].

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب خمرًا لمسلم أو خنزيرًا له فهلك في يده أنه لا يضمن، سواء كان الغاصب مسلمًا أو ذميًا؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم، وكذا الخنزير، فلا يضمنان بالغصب. ولو غصب خمرًا أو خنزيرًا لذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذميًا أو مسلمًا؛ غير أن الغاصب إن كان ذميًا فعليه في الخمر مثلها، وفي الخنزير قيمته وإن كان مسلمًا فعليه القيمة فيهما جميعًا، وهذا عندنا، وقال الشافعي: لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنًا من كان[2].

لهذا كان شرط إمكان الانتفاع به شرعًا خارجًا عن ماهية المال لازم عندنا حتى يصح تموله ومعنى كونه منتفعًا به حل الانتفاع به في حالة الاختيار ولكن قتل عبده وإفساد ماله وإهلاك زرعه لا يعتبر انتفاعًا أو شبهة العقد للضرورة؛ لأن الانتفاع بالمال يعتبر في كل شيء بما يصلح له، فحرمة مال المسلم كحرمة نفسه فكما لا يجوز له قتل نفسه ولا إهلاكها، كذلك لا يجوز له إهلاك ماله وإفساده[3].

وقد ذهب بعضهم إلى أن المال ما يكون منتفعًا به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق.

والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر[4]، وكما أنها فيما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف باختلاف الأمكنة، وإنما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود. أما فيما له حمل ومؤنة، فتختلف ماليته باختلاف المكان[5].

---

(١) راجع: المبسوط : ١١/ ١٠٤، ١١/ ٩٨، ١٣/ ٢٥، ١٧/ ١٨٦، بدائع الصنائع : ٥/ ١٤٤.

(٢) بدائع الصنائع : ٧/ ١٤٧. (٣) راجع : رد المحتار : ٤/ ٥٠١.

(٤) المبسوط : ١٢/ ١٢٥، بدائع الصنائع : ٥/ ٢١٤، المبسوط : ١٢/ ١٢٩.

(٥) بدائع الصنائع : ٧/ ١٤٧.

ومالية العين إنما تكون باعتبار منافعها، وقيمتها تختلف باختلافها مع أن المنافع عندنا ليست بمال متقوم، وإن تقومت بالعقد، أو شبه العقد للضرورة.

ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد[١]، والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد إلا بالحزر، والظن[٢]؛ لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها؛ لقول النبي ﷺ : « جيدها ورديئها سواء »[٣]؛ و لأنه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة، حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز، وما يكون متقومًا شرعًا فالاعتياض عنه جائز، وبهذا فارق حال اختلاف الجنس، إلا أن محمدًا يقول: إن الجودة متقومة حقيقة، وإنما سقط اعتبار تقومها شرعًا لجريان الربا، وكذلك عند الشافعي أن للجودة والصفة في الأموال الربوية قيمة، فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا أنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس.

وتكون هذه الأموال أمثالًا متساوية بالجنس والقدر؛ ولكن هذه المماثلة لا تكون قطعًا إلا بشرط؛ وهو سقوط قيمة الجودة منها، لجواز أن يكون أحدهما أجود من الآخر، وإذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالًا متساوية قطعًا، فإنما يقابل البعض بالبعض في البيع من حيث الذات، فإذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليًا عن المقابلة والفضل الخالي عن المقابلة ربا. فإذا جعل شرطًا في العقد فسد به العقد. وهكذا في سائر الأموال إلا أن الفضل الخالي عن المقابلة هناك إنما يظهر بالشرط، حتى لو باع ثوبًا بثوب بشرط أن يسلم له مع ذلك ثوبًا آخر لا يجوز؛ لأن هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعًا لوجوب المماثلة؛ فالأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها.

والمال يجري فيه من المساهلة في الإثبات، والاستيفاء ما لا يجري في العقوبات فهو يثبت بالشبهات، بخلاف الحدود التي تسقط بالشبهات، فوضع اليد مثلًا من أسباب ملك المال المباح[٤].

وأمَّا المال المستخرج من الأرض فله أسماء ثلاثة: الكنز، والمعادن، والرِّكاز؛ والكنز : اسم لما دفنه بنو آدم، والمعدن : اسم لما خلقه اللَّه تعالى في الأرض يوم خلق الأرض، والركاز: اسم لهما جميعًا[٥].

(١، ٢) المبسوط : ١١/ ١٦٠.

(٣) قال في نصب الراية : ٤/ ٤٧: « قلت غريب، ومعناه تؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد ».

(٤) راجع : المبسوط : ١١/ ١٥٤، ١٢/ ١٥٤، بدائع الصنائع : ٢/ ٤٢، ٢/ ٧٤، ٦/ ٤٣، ٦/ ٦١، ٧/ ٢١٠.

(٥) راجع : العناية : ٢/ ٢٣٤.

ذلك أن المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة؛ منها جامد يذوب وينطبع؛ كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس، ومنها جامد لا يذوب بالذوب؛ كالجص والنورة والكحل والزرنيخ، ومنها مائع لا يجمد؛ كالماء والزئبق والنفط. فأما الجامد الذي يذوب بالذوب ففيه الخمس عندنا. وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - فيما سوى الذهب والفضة لا يجب شيء، وفي الذهب والفضة يجب ربع العشر، والنصاب عنده معتبر حتى إذا كان دون المائتين من الفضة لا يجب شيء، وفي اعتبار الحول له وجهان. حجته قوله ﷺ: « **في الرقة ربع العشر** »[1]؛ وهو اسم للذهب والفضة. وفي الحديث أن النبي ﷺ: « **أعطى بلال بن الحارث معادن القبلية وهي يؤخذ منها ربع العشر** »[2] إلى يومنا هذا، والمعنى فيه أنه مباح لم تحرزه يد قط فكان لمن وجده، ولا شيء فيه كالصيد والحطب والحشيش؛ وهذا لأن الناس في المباحات سواء، وإنما يظهر التقوم فيها بالإحراز فكانت للمحرز، إلا أن الزكاة واجبة في الذهب والفضة باعتبار أعيانهما دون سائر الجواهر، ولكن يشترط تكميل النصاب والحول على أحد الوجهين، وفي الوجه الآخر قال: كم من حول مضى على هذا العين قبل أخذه واعتبار الحول لحصول النماء، وهذا كله نماء فلا معنى لاعتبار الحول فيه بخلاف الكنز فإنه كان في يد أهل الحرب، وقد وقع في يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب ووجب فيها الخمس، ولم يؤخذ لخفاء مكانه حتى ظهر الآن فلهذا يؤخذ منه الخمس، فأما الذهب والفضة من المعدن فحادث يحدث بمرور الزمان من غير أن كان في يد أحد، فهو كالحطب والحشيش.

وأصحابنا احتجوا بحديث أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « **وفي الرِّكاز الخمس** »[3]، واسم الركاز يتناول الكنز والمعدن جميعًا؛ لأنه عبارة عن الإثبات، يقال ركز

---

(١) أخرجه البخاري من حديث أنس برقم: ١٤٥٤، كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير : ٢/١٩٢: حديث أنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني المعادن القبلية، وأخذ منها الزكاة رواه مالك في الموطأ عن ربيعة عن غير واحد من علمائهم بهذا، وزاد: وهي من ناحية الشرع فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم. ورواه أبو داوود والطبراني والحاكم والبيهقي موصولًا وليست فيه الزيادة. قال الشافعي بعد أن روى حديث مالك: ليس هذا مما يثبته أهل الحديث ولم يكن فيه رواية عن النبي ﷺ إلا إقطاعه. وأما الزكاة في المعادن دون الخمس فليست مروية عن النبي ﷺ. وقال البيهقي: هو كما قال الشافعي في رواية مالك، وقد روى عن الدراوردي عن ربيعة موصولًا، ثم أخرجه عن الحاكم، والحاكم أخرجه في المستدرك، وكذا ذكره ابن عبد البر من رواية الدراوردي قال: ورواه أبو سبرة المديني عن مطرف عن مالك عن محمد بن عمرو بن علقمة عن أبيه عن بلال موصولًا، لكن لم يتابع عليه، قال: ورواه أبو أوس عن كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده، وعن ثور بن زيد عن عكرمة عن ابن عباس. قلت: أخرجه أبو داوود من الوجهين.

(٣) متفق عليه، وأخرجه البخاري من حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: « العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار وفي الركاز الخمس »، كتاب الزكاة، باب في الركاز الخمس، برقم: ١٤٩٩.

رمحه في الأرض إذا أثبته والمال في المعدن مثبت كما هو في الكنز، ولما قيل: يا رسول اللَّه وما الرِّكاز قال: « الذهب والفضة اللذين خلقهما اللَّه في الأرض يوم خلقها »[١]. ولما سئل رسول اللَّه ﷺ عما يوجد في الخراب العادي، قال: « فيه وفي الرِّكاز الخمس »، فعطف الركاز على المدفون فعلم أن المراد بالركاز المعدن، والمعنى فيه أن هذا مال نفيس مستخرج من الأرض فيجب فيه الخمس كالكنز؛ وهذا لأن المعنى الذي لأجله وجب الخمس في الكنز موجود في المعدن، فإن الذهب والفضة تحدث في المعدن من عروق كانت موجودة حين كانت هذه الأرض في يد أهل الحرب، ثم وقعت في يد المسلمين بإيجاف الخيل فتعلق حق مصارف الخمس بتلك العروق فيثبت فيما يحدث منها فكان هذا والكنز سواء من هذا الوجه، ثم يستوي إن كان الواجد حرًّا أو عبدًا مسلمًا أو ذميًّا صبيًّا أو بالغًا رجلًا أو امرأة، فإنه يؤخذ منه الخمس والباقي يكون للواجد، سواء وجده في أرض العشر أو أرض الخراج؛ لأن استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة ولجميع من سمينا حق في الغنيمة إما سهمًا وإما رضخًا، فإن الصبي والعبد والذمي والمرأة يرضخ لهم إذا قاتلوا، ولا يبلغ بنصيبهم السهم تحرزًا عن المساواة بين التابع والمتبوع، وهنا لا مزاحم للواجد في الاستحقاق حتى يعتبر التفاضل؛ فلهذا كان الباقي له.

والذي روي أن عبدًا وجد جرة من ذهب على عهد عمر ﷺ فأدى ثمنه منه وأعتقه، وجعل ما بقي منه لبيت المال، تأويله أنه كان وجده في دار رجل فكان لصاحب الخطة ولم يبق أحد من ورثته فلهذا صرفه إلى بيت المال ورأى المصلحة في أن يعطي ثمنه من بيت المال ليوصله إلى العتق، وأما الجامد الذي لا يذوب بالذوب فلا شيء فيه؛ لقوله: ﷺ: « لا زكاة في الحَجَر »[٢]، ومعلوم أنه لم يرد به إذا كان للتجارة، وإنما أراد به إذا استخرجه من معدنه، فكان هذا أصلًا في كل ما هو في معناه، وكذلك الذائب الذي لا يتجمد أصلًا فلا شيء فيه؛ لأن أصله الماء والناس شركاء فيه شرعًا[٣].

---

(١) البيهقي من حديث أبي يوسف عن عبد اللَّـه بن سعيد بن أبي سعيد عن أبيه عن جده عن أبي هريرة مرفوعًا في الركاز الخمس، قيل: وأما الرِّكاز يا رسول اللَّـه؟ قال: « الذهب والفضة التي خلقت في الأرض يوم خلقت »، وتابعه حبان ابن علي عن عبد اللَّـه بن سعيد، وعبد اللَّـه متروك الحديث، وحبان ضعيف وأصله في الصحيح. راجع: التلخيص الحبير: ٢/ ١٩٢.

(٢) قال الحافظ في التلخيص الحبير: ٢/ ١٩٢. حديث: روي أنه ﷺ قال: « لا زكاة في حَجَر »، ابن عدي من حديث عمر ابن أبي عمر الكلاعي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه البيهقي من طريقه، وتابعه عثمان الوقاص، ومحمد ابن عبد اللَّـه العررمي، روياه عن عمرو بن شعيب؛ وهما متروكان.

(٣) أصبح النفط في هذا الزمان محور الاقتصاد العالمي، ومن أهم أسلحة العصر بل أخطرها على الإطلاق وأصبح أداة=

قال ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث؛ في الماء والكلأ والنار»[١]، فما يكون في معنى الماء وهو أنه يفور من عينه ولا يستخرج بالعلاج ولا يتجمد كان ملحقًا بالماء، فلا شيء فيه[٢].

والذهب والفضة وإن كانا جنسين صورة ففي معنى المالية هما جنس واحد على معنى أنه تقوم الأموال بهما؛ وأنه لا مقصود فيهما سوى أنهما قيم الأشياء، وبهما تعرف خيرة الأموال ومقاديرها والمالية فيهما باعتبار الوزن[٣].

وأمَّا الدين فهو ليس بمال حقيقة فالمال ما يتمول، وتمول ما في الذمة لا يتحقق، والمال ما يتوصل به إلى قضاء الحوائج، وما في الذمة باعتبار عينه غير صالح لذلك، بل باعتبار مآله باعتبار صيرورته عينًا في العاقبة، وإنما تتم المالية فيه عند تعيينه بالقبض فلا يصير نصاب الزكاة فيه ما لم تثبت فيه صفة المالية[٤].

ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة - رحمه اللّٰه تعالى -: دين قوي؛ وهو ما يكون بدلًا عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه، ودين وسط وهو أن يكون بدلًا عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه كثياب البذلة والمهنة. ودين ضعيف؛ وهو ما يكون بدلًا عما ليس بمال،

=لتركيع أعظم الدول غطرسة ولقد تركزت معظم مصادره وحقوله في الأراضي الإسلامية.

(١) أخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس والطبراني من حديث ابن عمر. قال في نصب الراية: ٤/ ٣٥٢: الحديث الخامس: قال ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار». قلت: روي من حديث رجل ومن حديث ابن عباس ومن حديث ابن عمر، فحديث الرجل: أخرجه أبو داوود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خداش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة، قال: غزوت مع رسول اللّٰه ﷺ ثلاثًا أسمعه يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث؛ في الكلأ والماء والنار».اهـ. ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه في الأقضية أسند ابن عدي في الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا في حريز ثقة، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داوود قال: لا أعلم روى عن أبي خداش إلا حريز بن عثمان وقد قيل: مجهول.اهـ. قال البيهقي في المعرفة وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات، وترك ذكر أسمائهم في الإسناد لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه.اهـ.

- وأمَّا حديث ابن عباس، فأخرجه ابن ماجة في سننه في الأحكام عن عبد اللّٰه بن خداش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وآله وسلم: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار».

قال عبد الحق في أحكامه: قال البخاري: عبد اللّٰه بن خداش عن العوام بن حوشب منكر الحديث، وضعفه أيضًا أبو زرعة، وقال فيه أبو حاتم: ذاهب الحديث. انتهى كلامه وأقره ابن القطان عليه.اهـ.

- وأما حديث ابن عمر فرواه الطبراني في معجمه، حدثنا الحسين بن إسحاق التستري، حدثنا يحيى الحاني ثنا قيس بن الربيع عن زيد بن جبير عن ابن عمر قال: قال رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وآله وسلم: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار».اهـ.

(٢) راجع: المبسوط: ٢/ ٢١١.

(٣) راجع: المبسوط: ٣/ ٢١.

(٤) راجع: بدائع الصنائع: ٢/ ٤٣، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٤٥، المبسوط: ٩/ ١٥، ٢/ ١٩٦.

كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد؛ ففي الدين القوي لا يلزمه الأداء ما لم يقبض أربعين درهمًا، فإذا قبض المقدار أدى درهمًا. وكذلك كلما قبض أربعين درهمًا. وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء ما لم يقبض مائتي درهم، فحينئذ يؤدي خمسة دراهم، وفي الدين الضعيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عنده. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهم اللَّه تعالى - أن الدين نوعان، وجعل الوسط كالضعيف، وهو اختيار الكرخي على ما ذكره في المختصر، وقال أبو يوسف ومحمد: الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض، وكلما قبض شيئًا يلزمه الأداء بقدره قلَّ أو كثر، ما خلا دين الكتابة، فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، وذكر الكرخي أن المستثنى عندهما دينان: الكتابة والدية على العاقلة. وجه قولهما أن الديون في المالية كلها سواء، من حيث إن المطالبة تتوجه بها في الحياة وبعد الوفاة، وتصير مالًا بالقبض حقيقة، فتجب الزكاة في كلها، ويلزمه الأداء بقدر ما يصل إليه كابن السبيل، بخلاف دين الكتابة فإنه ليس بدين على الحقيقة حتى لا تتوجه المطالبة به ولا تصح الكفالة به؛ وهذا لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذلك الدية على العاقلة وجوبها بطريق الصلة لا أنه دين على الحقيقة، حتى لا يستوفى من تركة من مات من العاقلة.

وجه قول أبي حنيفة أن ما هو بدل عما ليس بمال فملك المالية يثبت فيه ابتداء؛ فهو دين والدين ليس بمال على الحقيقة حتى لو حلف صاحبه أن لا مال له لا يحنث في يمينه، وإنما تتم المالية فيه عند تعيينه بالقبض فلا يصير نصاب الزكاة ما لم تثبت فيه صفة المالية، والحول لا ينعقد إلا على نصاب الزكاة. فأما ما كان بدلًا عن مال التجارة، فملك المالية كان تامًّا في أصله قبل أن يصير دينًا فبقي على ما كان؛ لأن الخلف يعمل عمل الأصل فيجب فيه الزكاة قبل القبض، ولكن وجوب الأداء يتوقف على القبض ونصاب الأداء يتقدر بأربعين درهمًا عند أبي حنيفة كما بينا في الزيادة على المائتين. وأمَّا بدل ثياب البذلة والمهنة فذهب الكرخي إلى أن أصله لم يكن مالًا شرعًا حتى لم يكن محلًّا للزكاة، فهو وما لم يكن أصله مالًا على الحقيقة سواء. وجه ظاهر الرواية أنه أخذ شبهًا من أصلين: من عروض التجارة، باعتبار أن أصله مال على الحقيقة، ومن المهر باعتبار أن أصله ليس بمال في حكم الزكاة شرعًا فيوفر حظه منهما، ويقال أن وجوب الزكاة فيه ابتداء فيعتبر في المقبوض أن يكون نصاب الزكاة وهو المائتان ويجب فيها الزكاة قبل القبض؛ من حيث إن ملك المالية لم يثبت في الدين ابتداء. وفي الأجرة ثلاث روايات عن أبي حنيفة؛ في رواية: جعلها كالمهر؛ لأنها ليست ببدل عن المال حقيقة؛ لأنها بدل عن المنفعة، وفي رواية جعلها كبدل ثياب البذلة؛

لأن المنافع مال من وجه لكنه ليس بمحل لوجوب الزكاة فيه.

والأصح أن أجرة دار التجارة أو عبد التجارة بمنزلة ثمن متاع التجارة كلما قبض منها أربعين تلزمه الزكاة، اعتبارًا لبدل المنفعة ببدل العين. وإن كان الدين وجب له بميراث أو وصية أوصي له به، ففي كتاب الزكاة جعله كالدين الوسط، وقال: إذا قبض مائتي درهم تلزمه الزكاة لما مضى؛ لأن ملك الوارث ينبني على ملك المورث، وقد كان في ملك المورث بدلًا عما هو مال، وفي نوادر الزكاة جعله كالدين الضعيف؛ لأن الوارث ملكه ابتداء وهو دين فلا تجب فيه الزكاة حتى يقبض ويحول عليه الحول عنده. وإن كان الدين ضمان قيمة عبد أعتق شريكه نصيبه منه فاختار تضمينه فهذا والدين الواجب بسبب بيعه نصيبه من شريكه سواء؛ لأن هذا الضمان يوجب الملك لشريكه في نصيبه. وإن كان الدين سعاية لزم ذمة العبد بعتق شريكه وهو معسر، ففي الكتاب يقول هو ودين الكتابة سواء لا يجب فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، قيل: هو قول أبي حنيفة فإن المستسعى عنده مكاتب، فأما عندهما فالمستسعى حرّ عليه دين فيجب فيه الزكاة عندهما قبل القبض، وقيل: هو قولهم جميعًا؛ وعذرهما أن سبب وجوب هذا الدين لم يكن من العبد فكان صلة في حقه فلا يتم الملك فيه إلا بالقبض كالدية على العاقلة[1].

استيلاء الكفار على أموال المسلمين:

الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر إذا أحرزوه بدارهم عندنا وعند مالك وأحمد إلا أن عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون الإحراز. ولأحمد روايتان، في رواية مع مالك، وفي رواية معنا، ولا يملكونها عند الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١]، والتملك بالقهر أقوى جهات السبيل[2].

ولنا أن الاستيلاء سبب يملك به المسلم مال الكافر، فيملك به الكافر مال المسلم كالبيع والهبة وتأثيره أن نفس الأخذ سبب لملك المال إذا تم بالإحراز وبيننا وبينهم مساواة في أسباب إصابة الدنيا، بل حظهم أوفر من حظنا[3].

لا خلاف في أن الكفار إذا دخلوا دار الإسلام واستولوا على أموال المسلمين، ولم يحرزوها بدارهم، إنهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون، وأخذوا ما في أيديهم،

---

(١) المبسوط: ٢/ ١٩٦، بدائع الصنائع: ٢/ ١١.

(٢) المبسوط: ١٠/ ٢١٥، ١٠/ ٥٣، بدائع الصنائع: ٧/ ١٢٣.

(٣) المبسوط: ١٠/ ٥٣.

لا يصير ملكًا لهم[١]؛ لأن المال ما دام محرزًا بدار الإسلام لا يملك بالقهر؛ لأنه بالإحراز معصوم والقهر يوجب الملك في محل مباح لا في محل معصوم.

ألا ترى أن الصيد المباح يملك بالأخذ، والصيد المملوك لا يملك بالأخذ[٢] وعليهم ردها إلى أربابها بغير شيء، وكذا لو قسموها في دار الإسلام ثم ظهر عليهم المسلمون، فأخذوها من أيديهم، أخذها أصحابها بغير شيء؛ لأن قسمتهم لم تجز لعدم الملك، فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة، بخلاف قسمة الإمام الغنائم في دار الحرب، فإنها جائزة وإن لم يثبت الملك فيها في دار الحرب؛ لأن قسمة الإمام إنما تجوز عندنا إذا اجتهد وأفضى رأيه إلى الملك، حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من إمام جائز القضاء، ولم يوجد هاهنا.

ولا خلاف في أنهم أيضًا إذا استولوا على رقاب المسلمين، ومدبريهم، وأمهات أولادهم، ومكاتبيهم، أنهم لا يملكونهم، وإن أحرزوهم بالدار. واختلف فيما إذا دخلوا دار الإسلام فاستولوا على أموال المسلمين، وأحرزوها بدار الحرب؛ قال علماؤنا: يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبدًا فأعتقه الحربي، أو باعه، أو كاتبه، أو دبره، أو كانت أمة فاستولدها جاز ذلك خاصة؛ وذلك لأن إحراز المشركين المال بدارهم يبطل حكم الإحراز والعصمة في ذلك المال، وقال الشافعي: لا يملكونها. وجه قوله أنهم استولوا على مال معصوم، والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك؛ كاستيلاء المسلم على مال المسلمين، واستيلائهم على الرقاب. وإنما قلنا ذلك؛ لأن عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم؛ لأنهم يخاطبون بالحرمات إذا بلغتهم الدعوة، وإن اختلف في العبادات والاستيلاء يكون محظورًا، والمحظور لا يصلح سببًا للملك.

ولنا أنهم استولوا على مال مباح غير مملوك، ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه؛ كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد، ودلالة أن هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك أن ملك المالك يزول بعد الإحراز بدار الحرب، فتزول العصمة ضرورة بزوال الملك، والدليل على زوال الملك أن الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف، أو شرع للتمكن من التصرف في المحل، وقد زال ذلك بالإحراز بالدار؛ لأن المالك لا يمكنه الانتفاع به إلا بعد الدخول، ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح، وإلقاء النفس في التهلكة، وقد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر به، ولو ظفر به قلما يمكنه الاسترداد؛

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ١٢٨.
(٢) المبسوط: ٣٠/ ١٤٢.

لأن الدار دارهم، وأهل الدار يذبون عن دارهم؛ فإذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة. وكذلك لو استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف؛ لأن العبد مال قابل للتمليك بالاستيلاء، ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك، بخلاف الأحرار، والمدبرين، والمكاتبين، وأمهات الأولاد؛ وهذا إذا دخلوا دار الإسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوهم بدار الحرب. فأما إذا أبق عبد أو أمة، ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف، ومحمد يملكونه. وجه قولهما أنهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياسًا على الدابة التي ندت من دار الإسلام إلى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التي استولوا عليها. والدليل على أنهم استولوا على مال مباح غير مملوك أنه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسألة الأولى، وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق.

وجه قول أبي حنيفة أن الاستيلاء لم يصادف محله، فلا يفيد الملك قياسًا على الاستيلاء على الأحرار والمدبرين، والمكاتبين، وأمهات الأولاد؛ ودلالة أن الاستيلاء لم يصادف محله أن محل الاستيلاء هو المال، ولم يوجد؛ لأن المالية في هذا المحل إنما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغانمين؛ لأن الأصل فيه هو الحرية، وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا في المسألة المتقدمة، فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته، فكان ينبغي أن يزول الرق أيضًا، إلا أنه بقي شرعًا، بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص، بخلاف الدابة؛ لأن المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك؛ لأنها مال، والأموال كلها محل لثبوت الملك، وبخلاف الآبق المتردد في دار الإسلام؛ لأن الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك، فكان ينبغي أن يثبت الملك للحال لوجود سببه، إلا أنه تأخر إلى وقت الإحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك، فإذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك، فيعمل الاستيلاء السابق، وعمله في إثبات الملك. والملك لا يثبت إلا في المال فبقيت المالية ضرورة هاهنا؛ لأن الاستيلاء قد وجد حال كونه مالًا أصلًا، وبعد ما وجد الاستيلاء لا مالية لزوال الملك، فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك[1].

ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه، ويثبت لهم عندنا على وجه له حق الإعادة، إمَّا بعوض، أو بغير عوض، حتى لو ظهر عليهم المسلمون فأخذوها وأحرزوها بدار الإسلام، فإن وجده المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شيء، سواء كان من ذوات القيم أو من ذوات الأمثال، وإن وجده بعد القسمة، فإن كان من ذوات الأمثال لا يأخذه؛ لأنه لو أخذه

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ١٢٨.

لأخذه بمثله فلا يفيد، وإن لم يكن من ذوات الأمثال يأخذه بقيمته إن شاء؛ لأن الأخذ بالقيمة مراعاة الجانبين: جانب الملك القديم بإيصاله إلى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض، وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض. فكان الأخذ بالقيمة نظرًا للجانبين ومراعاة الحقين، بخلاف ما إذا وجده قبل القسمة، فإنه يأخذه بغير شيء؛ لأن الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الإحراز ليس إلاَّ الحق المتأكد، أو الملك العام، فكانت الإعادة إلى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى. وقد روي أن بعيرًا لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب، ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه في المغنم، فسأل رسول اللَّه ﷺ عنه؛ فقال: «**إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة**»[1]. وكذلك لو كان الحربي باع المأخوذ من المسلمين، ثم ظهر عليه المسلمون، فإن المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شيء، وبعد القسمة بالقيمة؛ لأنه باعه مستحق الإعادة إلى قديم الملك فبقي كذلك، ولو كان المستولى عليه مدبرًا أو مكاتبًا أو أم ولد، ثم ظهر عليه المسلمون فأخرجوه إلى دار الإسلام، أخذه المالك القديم بغير شيء قبل القسمة وبعدها؛ لأنه حر من وجه، والحر من وجه أو من كل وجه لا يحتمل التملك بالاستيلاء؛ ولهذا لا يحتمله بسائر أسباب الملك؛ فإذا حصلوا في أيدي الغانمين وجب ردُّهم إلى المالك القديم. ولو وهب الحربي ما ملكه بالاستيلاء لرجل من المسلمين، أخذه المالك القديم بالقيمة إن شاء؛ لأن فيه نظرًا للجانبين على ما بينا[2].

وقد ذكر المؤلف في هذه المادة أنواع المال ولكن بالنظر إلى إمكانية نقله وتحويله فقط، وهو عقار ومنقول. وللمال أنواع متعددة قد أشرنا سابقًا إلى بعضها؛ منها بالنظر إلى حله وحرمته فهو من هذه الناحية ينقسم إلى حلال وحرام، وكذلك بالنظر إلى تقومه وعدمه فهو ينقسم إلى متقوم أباح الشرع الانتفاع به، وغير متقوم حرم الشرع تموله وبالنظر إلى كونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيمة وتقسيم المؤلف المال إلى عقار ومنقول، وذلك جريًا على مذهب الحنفية من إخراج المنافع من أنواع المال كما أشرنا آنفًا.

وأمَّا العقار؛ فهو الضيعة، وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة وما في حكمه وهو ما لا يحتمل النقل والتحويل، ويمكن معرفة حدوده وأطرافه والعقارات محصنة بنفسها

(١) باب استيلاء الكفار، نصب الراية: ٣/ ٤٣٤، قلت: أخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الحسن ابن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس عن النبي ﷺ فيما أحرز العدو فاستنفده المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن.اهـ. قال: والحسن بن عمارة متروك.اهـ.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ١٢٩.

لا يخشى عليها التلف(١).

وأمَّا المنقول؛ هو ما يحتمل النقل والتحويل من محل إلى آخر سواء بقي كما هو أم تغير وهو يشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات. وسوف نتكلم عنهما بمزيد تفصيل في موضعهما.

***

● (مادة ٢): **العقار(٢): كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله(٣).**

---

(١) راجع : البحر الرائق : ٨/ ١٥٧، المبسوط : ١١/ ٤٠، ١٥/ ١٠.

(٢) هذه المادة تطابق (المادة ٦٣) من الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) العقار في اللغة: ما له أصل وقرار ثابت؛ كالأرض والنخل والدار، وقد يطلق على متاع البيت، كقولهم: « ما له دار ولا عقار». والعقار من كل شيء أحسنه. ويطلق في اصطلاح الفقهاء على المال الثابت الذي لا يمكن نقله وتحريكه كالأرض والدار، أمَّا الأجزاء التي تنفصل عن العقار، كالمعادن المستخرجة من الأرض وأنقاض البناء، فإنها تصير منقولات بانفصالها عن الأرض وإمكان تحريكها ونقلها من مكان لآخر، وكذلك قد يتحول المنقول إلى عقار بالتبعية وهو ما نصت عليه (المادة ٢٣٢) من مجلة الأحكام العدلية؛ ونصها:

« توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعًا بدون ذكر؛ مثلًا: إذا بيعت دار دخل في البيع الأقفال المسمرة والدواليب؛ أي: الخزن المستقرة، والرفوف المسمرة المعدة لوضع فرش، والبستان الذي هو داخل حدود الدار، والطرق الموصلة إلى الطريق العام أو الداخلة التي لا تنفذ. وفي بيع العرصة تدخل الأشجار المغروسة على أن تستقر؛ لأن جميع المذكورات لا تنفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا تصريح ».

وهذا الذي رآه متأخرو الأحناف عقارًا بالتبعية من الأبنية والأشجار قد اعتبره المتقدمون من علماء المذهب الحنفي منقولات، فقد ذهب هؤلاء المتقدمون إلى أن العقار هو: « ما لا يمكن نقله وتحويله، والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه، سواء بقي مع هذا التحويل على هيئته وصورته أم مع تغيير صورته». وعلى هذا؛ فإن الشجر والبناء والقناطر والأفران والمدابغ والمراعي من المنقولات. ومذهب الشافعية والحنابلة قريب من مذهب الأحناف في تعريف العقار؛ ففي (المادة ١٩٥) من مجلة الأحكام الشرعية أن العقار هو: « الأرض وحدها أو مع ما اتصل بها للقرار كالدور والبساتين»، وقد خالف المالكية جمهور الفقهاء وذهبوا إلى أن العقار هو: « ما لا يمكن نقله وتحويله مع بقاء هيئته وصورته « فالجدار من العقار؛ لأنه وإن أمكن نقضه ونقله، لكن ذلك يستلزم تغيير صورته وهيئته، والشجر عندهم عقار كذلك »، حاشية الدسوقي : ٣/ ٤٧٩.

وقد اتجهت القوانين المدنية العربية في تعريف العقار وجهة موافقة للمذهب المالكي، ففي (المادة ٨٢) مدني مصري أنه:

١- كل شيء مستقر بحيزه ثابت لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء، فهو منقول.

٢- ومع ذلك يعتبر عقارًا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

وتنص (المادة ٥٨) مدني أردني بشأن تعريف العقار على أنه:

«كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء، فهو منقول».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة (الموافقة بنصها للفقرة الأولى من (المادة ٨٢) مدني مصري) أن المذهب=

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف العقار؛ فقال: هو كل ما له أصل ثابت ولا يمكن نقله ولا تحويله من دار وضيعة ويمكن معرفة حدوده وأطرافه وهو في لغة: الضيعة، وقيل ما له أصل من دار وضيعة[1].

حدود العقار:

لا بد لمعرفة العقار من ذكر حدوده وبيانها؛ لأن التعريف في المحدود لا يصح إلا بذكر الحد، ولا يكتفي بذكر الحدود الأربعة فقط، بل عليه أن يذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجد؛ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف، وهو الصحيح، وقد روي عنهما أن ذكر الأب يكفي، وإذا لم يعرف جده لم يميز عن غيره إلا بذكر مواليه أو ذكر حرفته أو وطنه أو دكانه أو حليته، فإن التمييز هو المقصود فليحصل بما قل أو كثر.

=المالكي هو الأصل المتخذة منه. أمَّا فائدة التفريق بين العقار والمنقول في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية فتظهر في عدد من الأمور وأهمها:

١- الشفعة التي تثبت في العقار دون المنقول ما لم يكن تابعًا للعقار.

٢- جواز بيع العقار قبل قبضه عند جمهور الفقهاء خلافًا للشافعية، ومحمد بن الحسن من الأحناف وأحمد في رواية. تبيين الحقائق: ٤/ ٨١، حاشية الدسوقي: ٣/ ١٥١، وكشاف القناع: ٣/ ٢٤٢.

٣- جواز بيع الوصي على الصغار منقولهم للإنفاق عليهم، ولا يبيع عقار محجوره إلا لضرورة تقتضيه، كالوفاء بدين على المحجور لا وفاء له إلا ببيع العقار، وإنما ينفذ بيع الوصي العقار بإذن القاضي الذي يصح له ردُّ البيع إن كان الرد خيرًا؛ وذلك مذهب الأحناف. ويشترط المالكية لصحة بيع الوصي عقار محجوره الحاجة والإشهاد على قيام هذه الحاجة، كالإنفاق عليه، أو الوفاء بدين عليه، ولا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو للخوف على العقار من ظالم، أو للعدوان على ريعه دون قدرة على رده، أو بيعه بثمن يزيد على ثلث ثمن مثله. وقيد الشافعية جواز بيع الوصي العقار، وهو مذهب الحنابلة كذلك: بدائع الصنائع: ٥/ ١٥٣، والقوانين الفقهية: ص ٣٢٢، والمهذب: ١/ ٣٢٨ وكشاف القناع: ٣/ ٤٣٥ وما بعدها.

٤- البدء في بيع أموال المدين بالمنقول، ولا يباع العقار إلا إذا لم يف المنقول بالدين. وهذا الترتيب أحفظ لمصالح المدين.

٥- يصح وقف العقار باتفاق الفقهاء، أمَّا المنقول فلا يجوز وقفه عند الأحناف إلا فيما ورد الأثر بجواز وقفه كالخيل والسلاح، أو فيما كان تابعًا للعقار، أو إذا اعتاد الناس وقفه كوقف البناء دون الأرض والشجر؛ لأن المقصود من الوقف الانتفاع بغلته فيجوز في مثل ذلك تصحيحًا لتصرف الناس. ومنه وقف كتب العلم.

٦- لا يثبت حق ارتفاق على مال منقول، وإنما يختص ذلك بالعقار. بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٩، البحر الرائق: ٦/ ١٤٨.

ومن الجدير بالذكر أن مصطلحي منقول وعقار (movable – immovable) في القانون الإنجليزي ليسا مصطلحين فنيين ولا تستخدمها المحاكم الإنجليزية غالبًا إلا في القضايا التي يكون أحد أطرافها غير خاضع للقانون الإنجليزي وإنما يعرف هذا القانون تقسيمًا مختلفًا للأموال يقوم عن التفريق بين الأموال الشخصية (personal property)، والأموال العينية (Real Property).

Words And Phrases Lejally Decned Vol.3 P.299.

(١) راجع: العناية: ٩/ ٣٢٤، فتح القدير: ٩/ ٤٠٤، البحر الرائق: ٨/ ١٥٧، مجمع الأنهر: ٢/ ٤٧٢.

ولو كان الرجل مشهورًا يكتفي بذكره، ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب خلافًا للدار عند أبي حنيفة فلا بد من تحديدها وإن كانت مشهورة، وعندهما لا يشترط؛ لأن التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود، أو أبلغ. وذكر الحدود في العقارات؛ كذكر الاسم والنسب في الآدمي، ثم هناك الشهرة تغني عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله، وأبو حنيفة يقول بالشهرة يصير موضع الأصل معلومًا. فأما مقدار المشهود به لا يصير معلومًا إلا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء. ومعنى هذا أن الدار المشهودة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك، بخلاف الآدمي، فإنه لا يزاد فيه ولا ينقص منه، والحاجة هناك إلى إعلام أصله وبالشهرة يصير معلومًا.وكذلك لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة إذا وقعت الدعوى في العقار.

ويكتب في الحد ثم ينتهي إلى كذا أو يلاصق كذا أو لزيق كذا، ولا يكتب أحد حدوده كذا، وقال أبو حنيفة: لو كتب في عقد البيع مثلًا أحد حدوده دجلة أو الطريق أو المسجد فالبيع جائز، ولا تدخل الحدود في البيع؛ إذ قصد الناس به إظهار ما يقع عليه البيع، لكن قال أبو يوسف: البيع فاسد؛ إذ الحدود عنده تدخل في البيع فاخترنا ينتهي أو لزيق أو يلاصق تحرزًا عن الخلاف.

ما يصلح:

حد الطريق يصلح حدًّا، ولا حاجة فيه إلى بيان طوله وعرضه إلا على قول فإنه شرط أن يبينها بالذرع، والنهر لا يصلح حدًّا عند البعض، وكذا السور؛ وهو رواية عن أبي حنيفة وظاهر المذهب أنه يصلح حدًّا والخندق كنهر، ولو حد بأنه لزيق أرض فلان، ولفلان في هذه القرية التي فيها المدعاة أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة.

ولو ذكر ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة. وعند زفر لا يقبل ما لم تذكر الحدود الأربعة، ولو لم يعرف إلا بحدين لا يقبل إلا في رواية عن أبي يوسف. قال إذا ذكروا أحد حدي الطول وأحد حد العرض يجوز للقاضي أن يقضي ويكتفي به، وهذا ليس بصحيح؛ لأن بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلومًا؛ فإن حدُّوها بثلاثة حدود جاز عندنا استحسانًا، وعلى قول زفر لا يجوز، لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع. وقياس هذا بما لو ذكروا الحدود الأربعة، وغلطوا في أحدها، ولكنا نقول قد ذكروا أكثر الحدود وإقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع، ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلومًا، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد إعلام الطول يصير معلومًا أيضًا، وقد تكون الأرض مثلثة لها ثلاثة حدود. فإذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفي بذكر الحدود الثلاثة، وهذا بخلاف

ما إذا غلطوا في ذكر أحد الحدود؛ لأن المشهود به بما ذكروا صار شيئًا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه[١].

واليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما، وعند محمد تثبت؛ فمن أسلم في دار الحرب فعقاره فيء عندهما؛ لأن العقار في يد أهل الدار وسلطانها، وهو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة، وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول حيث قال: هو كغيره من الأموال فأستحسن في العقار أن أجعله له؛ لأنه ملك محترم له كالمنقول، وروي عن محمد عدم ثبوتها كما أن في ثبوتها على العقار فيه شبهة في حالة رفع الدعوى، لكونه غير مشاهد، كما في المنقول، فلا بد فيه من إثباتها بالبينة. وحتى يزول كونه في يده مرهونًا أو محبوسًا بالثمن لهذا يلزم فيها المطالبة في العقار. وثبوتها لا يكون بالكون فيه، بل بالتصرف فيه ولا عبرة بثبوتها في الماضي، فثبوتها في الماضي لا يدل على ثبوتها وقت الدعوى؛ لهذا يلزم إثباتها وقت الدعوى[٢].

صورة وضع اليد في العقار:

إن وضع اليد على الدار بأن يسكن فيها أو أن يحدث أبنية فيها. وفي العرصة حفر بئر أو نهر أو قناة أو غرس أشجار أو زرع مزروعات أو إنشاء أبنية أو صنع لبن، وفي الحرج والغاب قطع الأشجار منها وبيعها وبالانتفاع منها بوجه قريب من ذلك، وفي المرعى قلع الحشائش وحفظها أو بيعها أو رعي الحيوانات فيها. أما وجود مفتاح باب الدار في يد أحد فلا يكون بمجرد وجوده في يده ذا يد. فلذلك إذا كان أحد ساكنًا في دار، وأشياؤه موضوعة فيها وكان مفتاح تلك الدار في يد آخر؛ فالواضع اليد على الدار هو الساكن فيها، وليس حامل مفتاح بابها[٣].

ونظرًا للطبيعة الخاصة بالعقار من كونه ثابتًا لا يتحول وصعوبة تغييره، وهذا بخلاف المنقول، فهو قابل لكل ذلك لهذا تخالف بعض أحكام العقار أحكام المنقول؛ وذلك لتلاؤم هذه الأحكام مع طبيعتهما؛ ومن هذه الأحكام:

١ - الوقف:

يصح وقف العقار دون المنقول إلا أن يكون تبعًا للعقار أو متعارفًا على وقفه؛ وذلك لأن

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٧/ ٨، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٩٣، مجمع الأنهر: ٢/ ٢٥٣، المبسوط: ١٦/ ١٠٠،٢٦/ ١٠٠، ٣٠/ ١٧١، العناية: ٨/ ١٦٢.

(٢) راجع: العناية: ٥/ ٤٨٩، فتح القدير: ٥/ ٤٨٩، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٥٤.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ٤/ ٥١٥.

التأبيد شرط جواز الوقف وهو لا يتحقق إلا في العقار. ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك، فلا يجوز وقفه مقصودًا إلا إذا كان تبعًا للعقار، قال محمد: ويجوز وقف ما فيه تعارف على وقفه من المنقولات؛ كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمصاحف والكتب. وعند أبي يوسف لا يجوز. وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد. وقد أجاز أبو يوسف وقف السلاح والكراع والخيل والإبل في سبيل الله وما سوى الكراع والسلاح لا يجوز وقفه عند أبي يوسف؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد فيهما فيقتصر عليه.

ويدخل البناء، والبناء ليس عقارًا عندنا؛ وذلك لأن البناء ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال، لما قالوا إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه ويؤجر لغيره، وكذا يقال في السلطانية إذا امتنع من دفع ما عينه السلطان، بخلاف حق التعلي فإنه يبقى على الدوام في وقف الأرض تبعًا فيكون وقفًا معها. وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان. وكذلك تدخل الأشجار في وقف الأرض باعتبارها تابعة لها[1].

٢- بيع المبيع قبل قبضه:

يصح بيع العقار قبل قبضه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لا يجوز، ووجه قول محمد عموم النهي وهو ما روي أنه ﷺ: « نهى بيع ما لم يقبض »[2]، وهو بعمومه يشمل المنقول والعقار جميعًا؛ ولأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول؛ لأن عدم القبض موجود فيهما جميعًا؛ ولأن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهيٌّ شرعًا، والنهي يقتضي الفساد، فيكون البيع فاسدًا قبل القبض كما في المنقول؛ لأنه لم يدخل في ضمانه، ولهذا لا يجوز إجارته قبل القبض ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك. والأصل فيه أن ما لا ينفسخ العقد فيه بالهلاك، فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع، والعتق، وبدل الصلح عن دم العمد. وعلل الكرخي في مختصره بقوله: لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بدله قيمته، وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد؛ وهذا لأن هلاك العقار نادر، أما إذا كان العقار على

---

(١) راجع : المبسوط : ١٢/ ٤٦، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢١، تبيين الحقائق : ٣/ ٣٢٨، فتح القدير : ٦/ ٢١٥، البحر الرائق : ٥/ ٢١٧، رد المحتار : ٤/ ٣٦١، ٤/ ٣٦٤، ٦/ ٢١٨.

(٢) قال في نصب الراية : ٤/ ٤٣ : قلت فيه أحاديث؛ منها : ما أخرجه أبو داوود عن ابن إسحاق، حدثني أبو الزناد عن عبيد بن حنين عن عبد الله بن عمر قال: ابتعت زيتًا في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحًا حسنًا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، قال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك.

شاطئ البحر بحيث لا يأمن أن تهدمه الأمواج، أو كان من العلو بحيث لا يؤمن من سقوطه فلا يجوز بيعه قبل القبض[١].

٣- بيع الوصي أموال الصبي:

العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع من أجل الحفظ؛ لأن بيعه ليس من الحفظ، وبقاء عينه فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه، ولا يبيع الوصي شيئًا مما لا يخاف عليه الفساد من مال القاصر أو الغائب في نفقة ولا غيرها؛ لأن ولاية البيع للنظر له، وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظر له، فلا يبيع شيئًا من ذلك، وبيع العقار ليس من الحفظ، فإن العقارات محصنة بنفسها. وعليه فليس للأب أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع. وأمَّا المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي، وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار.

وكذلك بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار؛ لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنَّا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أمَّا العقار فمحصن بنفسه.

إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، وذلك بأن كان على التركة دين مستغرق فله أن يبيع الجميع؛ لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع، وقضاء الدين دخل تحت ولايته. وإن لم يكن مستغرقًا يبيع بقدر الدين عندهما؛ لعدم الحاجة إلى الأكثر من ذلك. وعند أبي حنيفة جاز له أن يبيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل؛ لأنها لا تتجزأ. ولو كان يخاف هلاك العقار يملك بيعه؛ لأنه تعين حفظًا للمنقول، والأصح أنه لا يملك؛ لأنه نادر، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة،أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار أو يكون بيع العقار خيرًا لليتيم بأن كان خراجها ومؤنها تربو على غلاتها أو كان العقار حانوتًا أو دارًا يريد أن ينقض ويتداعى إلى الخراب. فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها، فإن كانت في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار، فإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار حينئذ يبيع العقار بمثل القيمة أو بغبن يسير[٢].

---

(١) راجع: تبيين الحقائق : ٤/ ٨٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١/ ٢٣٧.

(٢) راجع: بدائع الصنائع : ٤/ ٣٨، المبسوط : ٥/ ٢٢٦، ١١/ ٤٠، تبيين الحقائق : ٦/ ٢١٣، رد المحتار : ٦/ ٧١١، =

٤- بيع أموال المديون:

لا يبيع القاضي عروض المدين وعقاره عند الإمام وعندهما يبيع وبه يفتي ويبدأ القاضي ببيع النقود؛ لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المدين، فإن فضل شيء من الدين باع العروض؛ لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها. فإن لم يف ثمنها بالدين باع العقار؛ لأن العقار يعد للاقتناء، فيلحقه ضرر ببيعه، فلا يبيعه إلا عند الضرورة، وهذا إحدى الروايتين عنهما، وقال بعضهم يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه، ثم ما لا يخشى عليه التلف منه، ثم يبيع العقار[1].

٥- الشفعة:

الشفعة تكون في العقار وما هو في معناه فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء - رضي اللّٰه عنهم - وقال مالك : هذا ليس بشرط. وتجب الشفعة في السفن وحجتنا أن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنًا، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل، وضرره على سبيل الدوام، وذلك لا يتحقق إلا في العقار. ولا تجب إلا في العقار أو ما في معناه وهو العلو سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا - رحمهم اللّٰه -.

وقال الشافعي لا تجب الشفعة إلا في عقار يحتمل القسمة، وعليه فلا تجب الشفعة في المنقولات قصدًا بل تثبت تبعًا للعقار، لأن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار، فلا يجوز إلحاق المنقول به؛ لأنه ليس في معنى العقار. وهذا لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار؛ لأن المنقول يشترط للبيع ولمصلحة المعاش، ثم يخرجه عن ملكه إذا قضى وطره ولا كذلك العقار. وفي المحيط وغيره ما لا يجوز بيعه في العقارات؛ كالأوقاف والحانوت المسبل فلا شفعة في ذلك عند من يرى جواز الوقف[2].

٦- الغصب:

الغصب لا يتحقق في العقار خلافًا لمحمد؛ وذلك لأن الغصب إثبات يد الغاصب بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه

=مجمع الأنهر : ٢/ ٧٢٦، ١/ ٥٠٣، البحر الرائق : ٨/ ٥٣٥.

(١) راجع : تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٠، البحر الرائق : ٨/ ٩٥.

(٢) راجع : بدائع الصنائع : ٥/ ١٣، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٣، البحر الرائق : ٥/ ١٥٧.

عنها، وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد يد المالك عن المواشي. وفي المنقول: النقل فعل فيه وهو الغصب.

والغصب إنما هو فيما ينقل؛ لأنه إزالة يد المالك بإثبات يده وذلك يتصور في المنقول وعند محمد يجري الغصب في العقار؛ لأن إزالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل، وبقوله قال أبو يوسف أولًا وزفر، وهو قول الأئمة الثلاثة، وبه يفتى في الوقف، كما في شرح الكنز للعيني وغيره؛ لأن الغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة، وذلك يمكن في العقار؛ لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة. وعليه فإن غصب عقارًا وهلك في يده لم يضمنه، وهذا عند الإمام وأبي يوسف. وقال محمد وزفر والشافعي يضمنه. وهو قول أبي يوسف أولًا، وفي العيني ويفتى بقول محمد في عقار الوقف كما سبق[1].

تعلق حق الارتفاق بالعقار المبيع:

تتعلق حقوق الارتفاق بالعقار دون المنقول؛ فيكون حق الارتفاق مقررًا دائمًا على عقار، ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق، ولا يدخل حق الارتفاق في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة، أو بذكر ما يدل عليه؛ كأن يقول: بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها، أو كل قليل وكثير حولها، أما في الإجارة فتدخل حقوق الارتفاق في العقد، ولو لم ينص عليها، لتعذر الانتفاع بالمأجور بدونها، ويقاس الوقف استحسانًا على الإجارة لا على البيع؛ لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع وهو لا يمكن إلا بأن يدخل الشرب والمسيل والطريق في وقف الأرض دون نص عليها[2].

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[3]؛ ونصها أن:

١- كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول .

٢- ومع ذلك يعتبر عقارًا بالتخصيص؛ كالمنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه،

---

(١) راجع : المبسوط : ١١/ ٧٤، ١١/ ٧٧، بدائع الصنائع : ٧/ ١٤٧، رد المحتار : ٦/ ١٧٩، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٢٥، البحر الرائق : ٨/ ١٢٧.

(٢) راجع : بدائع الصنائع : ٥/ ١٦٥، الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٠/ ١٩٨.

(٣) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مادة رقم (٦٣) ص ١٤، ١٥.

رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله[1].

***

● **(مادة ٣): المنقول: يطلق على كل ما يمكن نقله وتحويله؛ فيشمل: العروض، والحيوانات، والمكيلات، والموزونات، والذهب والفضة[2]، ويشمل: البناء، والغراس القائمين في أرض مملوكةٍ أو موقوفةٍ[3].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف المنقول، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعريف العقار ونشير في البداية إلى تعريفه في اللغة.

هو اسم مفعول من نقل ينقل نقلًا، والنقل: تحويل الشيء من موضع إلى موضع.

وفي الاصطلاح: المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات[4].

ويشمل كذلك عندنا البناء، والغراس القائمين في أرض مملوكةٍ أو موقوفةٍ؛ وذلك لأن البناء ليس له حق البقاء على الدوام، بل هو على شرف الزوال، لما قالوا: إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره، وكذا يقال في السلطانية إذا امتنع من دفع ما عينه السلطان، بخلاف حق التعلي؛ فإنه يبقى على الدوام لهذا

---

(١) هذه المادة تتوافق في مجملها مع الموضوع الذي تضمنته (المادة ٨٢) مدني مصري.

(٢) انظر: (المادة ٢) من هذا الكتاب، وانظر: (المادة ٦٣) مشروع القانون المدني الإسلامي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٦٣)، ص ١٤، ١٥.

(٣) المنقول عند جمهور الفقهاء طبقًا لما اتضح مما سبق، هو ما أمكن نقله وتحويله سواء ظل بعد نقله على شكله وهيئته أم لا؛ وذلك كالحيوانات والسيارات والسفن والكتب، وأثاث المنزل، والمعادن في مناجمها والبناء والشجر. مجمع الأنهر ٢/ ٤٧١، ٤٨٠، ٤٥٨، غير أن المالكية يشترطون في تعريفهم المنقول بقاء هيئته وصورته عند نقله، وهم يستبعدون من المنقولات الأبنية والأشجار؛ لأنها وإن أمكن نقلها وتحويلها لا تلبث على هيئتها وصورتها، حيث تصير المباني أنقاضًا والأشجار أخشابًا. وفي تخريج لأحد المعاصرين أن السفن الكبيرة تعتبر من العقارات على مذهب المالكية؛ لأنه وإن أمكن نقلها من مكان لآخر، فإنها تظل على هيئتها وشكلها فضلًا عن إمكانية سكناها. مبادئ الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم، دار النهضة العربية (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) ص ٢٦١، ويصعب قبول هذا التخريج للغاية، فإمكانية السكنى ليست قيدًا في تعريف العقار وحركة السفن مع احتفاظها بهيئتها وصورتها مما يجعلها من المنقول في المذاهب كلها، والسفن من المنقول في القانون الإنجليزي إن أردنا الاستطراد.

وقد تقدمت الإشارة إلى اتجاه القوانين المدنية العربية إلى الأخذ بما هو أقرب إلى المذهب المالكي في تعريف المنقول، ولم تنص هذه القوانين على تعريف المنقول اكتفاءً بتعريف مقابله، وهو العقار ليفهم تعريف المنقول بالاستبعاد مما يدخل في العقار.

(٤) راجع: الموسوعة الفقهية: ٣٩/ ١١٥.

قالوا بأن العلو يأخذ حكم العقار وكذلك البناء إذا كان تبعًا للأرض فإنه يأخذ حكم العقار[١].

وقد ذكرنا في شرح المادة السابقة والتي تكلمنا فيها عن العقار عن ثمرة تقسيم المال إلى منقول وعقار فلا حاجة لذكرها هنا.

***

(مادة ٤) : الحقوق التي بها يكون التصرف والانتفاع بالأعيان على ثلاثة أنواع:

الأول: حق ملك رقبة العين ومنفعتها.

الثاني: حق ملك الانتفاع بالعين دون الرقبة.

الثالث: حق الشرب والمسيل والمرور والتعلي ونحو ذلك من الحقوق[٢].

ذكر المؤلف في هذه المادة أنواع الحقوق التي يكون بها التصرف والانتفاع بالأعيان. وتأتي هذه المادة في هذا الإطار لتنخرط في هذا التسلسل العجيب الذي انفرد به المؤلف فبعد أن عرف المال في مادته الأولى وأتبعها بالحديث عن العقار، باعتباره القسم الأول والأهم من تقسيم المال في الثانية من مواده، وجاء الحديث عن المنقول في المادة الثالثة جاء هنا ليذكر أن الإنسان قد يمتلك رقبة العين ومنفعتها، وقد يمتلك المنفعة دون الرقبة، وقد يمتلك بعض الحقوق التي تقوم بملكه كحق المرور والشرب ونحوها.

وفي البداية نشير إلي أن التمليك نوعان؛ تمليك أعيان، وتمليك منافع وأن تمليك الأعيان قد يكون بعوض كالبيع ونحوه، وقد يكون بغير عوض كالهبة بلا عوض والإرث ونحوهما وأن تمليك المنافع قد يكون بعوض كالإجارة وقد يكون بلا عوض كالعارية[٣].

وأمَّا النوع الأول؛ وهو حق ملك رقبة العين ومنفعتها، فهذا هو الملك التام الذي يكون المالك فيه مالكًا لليد والرقبة، وهو حر في جميع تصرفاته في هذا الملك بأي صورة كانت فله أن يبيعها وأن يرهنها أو يؤجرها أو يعيرها إلخ من كافة التصرفات.

وأما النوع الثاني؛ فهو حق ملك الانتفاع بالعين دون الرقبة، وذلك قد يكون بعوض أو بغير

---

(١) راجع : رد المحتار : ٦/ ٢١٨، المبسوط : ١٤/ ١٣١، بدائع الصنائع : ٥/ ٢٨، ٦/ ٢٢١، تبيين الحقائق : ٣/ ٣٢٨، وفتح الجليل : ٧/ ٨٣، وحاشية البيجرمي : ٣/ ١٧٩، وشرح منتهى الإرادات : ٢/ ٣٣٧.

(٢) جاء في كتاب أنوار البروق في أنواع الفروق : ٣/ ٢١٨، تعريف الملك والفرق بينه وبين التصرفات وما يتوهم القياسة به.

وهو ما جاء في كتاب المنثور في القواعد الفقهية : ٣/ ٢٢٩، وقواعد ابن رجب : ص ١٩٦.

(٣) راجع : العناية : ٩/ ٥، الجوهرة المنيرة : ١/ ٢٦٠، فتح القدير المؤجر : ٩/ ٥.

عوض؛ فمالك المنفعة قد يملكها بالعوض عن طريق عقد الإجارة وقد يملكها بغير عوض؛ كالإعارة والوصية بالمنافع.

وملكية هذا النوع ملكية ناقصة؛ لأنها ملكية مؤقتة تنتهي بانتهاء المدة أو بموت المنتفع أو بموت صاحب الرقبة، إلا الوصية بالمنفعة، كما أنه لا يملك أن يبيع العين؛ لأنه لا يملكها بهذه العقود، كما أن تصرفه مقيد بقيد المالك إذا كان قيده مفيدًا؛ فالمستأجر له أن يؤجر العين إذا كانت لا تختلف باختلاف الاستعمال، أو إذا أطلق المؤجر له حرية التصرف، وله كذلك أن يعيرها[1]. وأمَّا المستعير فليس له أن يؤجرها؛ لأنه ملكها بغير بدل فلا يستطيع أن يملكها ببدل؛ لأنه يملِّكُهَا بأكثر مما تملَّكَها به، وهذا لا يجوز، ولكنه يملك إعارتها بشروط تأتي في محلها إن شاء اللَّه[2].

والنوع الثالث: حق الشِّرْبِ والمسيل والمرور والتعلي ونحو ذلك من الحقوق، فحق الشرب مثلًا صالح للإرث والوصية فهو يورث؛ لأن الملك بالإرث يقع حكمًا لا قصدًا، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا، كالخمر تملك حكمًا بالميراث، وإن لم تملك قصدًا بسائر أسباب الملك. وما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية؛ لأنها أخته وفي الهبة ونحوها يرد العقد عليه مقصودًا[3].

والوصية أخت الميراث فكانت مثله، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر أو الجهالة، أو لعدم الملك فيه للحال؛ أو لأنه ليس بمال متقوم، حتى لو أتلف شِرْبَ إنسان بأن سقى أرضه من شِرْبِ غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا يضمن بعقد. والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز، بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا. وكذا لا يصلح مسمى في النكاح، ولا في الخلع، ولا في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى، لكن هذه العقود صحيحة؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة. ولا يُمَلَّك الشرْب على سبيل المهر أو الدية؛ لأنه لا يُملَّك بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب، ويجب على الزوج مهر المثل، وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر، وعلى القاتل الدية، وللمدعي أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى؛ ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الأرض لما ذكرنا، وإن لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء إلى أن يقضي دينه من ذلك، وقيل ينظر الإمام إلى أرض لا شِرْب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعهما برضا

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٤/ ٨٤، تبيين الحقائق: ٥/ ١١٦، العناية: ٩/ ٨١.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦، تبيين الحقائق: ٩/ ٨٤، ٥/ ٨٦، العناية: ٩/ ١٠.

(٣) راجع: رد المحتار: ٦/ ٤٤٦، ٦/ ٧٢٣.

صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب، وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه، وهونظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا؛ فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة. وإن لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضًا بغير شرب، ثم ضم هذا الشرب إليها وباعهما، فيؤدي من الثمن ثمن الأرض المشتراة، والفاضل للغرماء[1].

***

● **(مادة ٥) : الأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة هي ما كان لملاكها حق التصرف فيها عينًا ومنفعةً، ومنها الأراضي العشرية فتباع وتؤجر وتعار وتوهب وتوقف وترهن وتورث[2].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة، وذلك بعد أن تكلم

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٨٤، تبيين الحقائق : ٦/ ٤٤، العناية : ٦/ ٤٥٠.

(٢) تنص هذه المادة على تعريف الملكية التامة الشاملة للعين والمنفعة ببيان خصائص هذه الملكية؛ وهي حرية التصرف فيها من قبل المالك وحده دون غيره، ببيع رقبتها أو هبتها، وبإجارة منفعتها أو إعارتها أو برهنها أو وقفها، وتنتقل عن ملك صاحبها بأي من التصرفات الناقلة للملكية أو بتوريثها بعد وفاة المالك، ولا شك في أن حرية التصرف في العين أو المنفعة أهم ثمرات هذا النوع من الملك. وتشمل حرية التصرف هذه كلًّا من استعمال العين واستغلالها، والتصرف فيها بنقل الملك إلى غير المالك بعوض أو بغير عوض.

وليست حرية التصرف في الملك حرية مطلقة في الشريعة الإسلامية؛ وإنما قيدتها هذه الشريعة بعدة قيود، من أهمها: تقييد استعمال الملك بعدم الإضرار بالغير، سواء كان هذا الغير جماعة أو أفرادًا؛ ولذا يباع طعام المحتكر جُبرًا عنه ويجوز التسعير عند تعدي أرباب الطعام أو غيره من السلع التي تمس الحاجة إليها، ففي رأي أبي يوسف من فقهاء الأحناف أنه يجوز للإمام أن يسعر كل ما يضر بالعامة، ولو ذهبًا أو فضةً أو ثيابًا. الاختيار في تعليل المختار : ٣/ ١١٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧.

وفي المذهب المالكي أنه ينبغي للإمام أن يجمع أعيان تجار أمثال السلع التي يبيعونها بغبن فاحش وتمس حاجة العامة إليها، ويسعر بما فيه رضاهم ورضا العامة حتى لا يضر بالفريقين، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس. المنتقى شرح الموطأ : ٥/ ١٨، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم : ص ٢٨٥، وما بعدها، المغني : ٤/ ١٦٤، ويمتنع على المالك في رأي جمهور الفقهاء أن يتصرف في ملكه تصرفًا يضر بجاره ولو كان الضرر يسيرًا، إذا كانت منفعته أقل من الضرر الذي يعود على الجار، أو كان هناك طريق آخر لجلب المنفعة من غير إيقاع الضرر بأحد. المحلى : ٨/ ٢٤١، والأم : ٣/ ٢٢٢، ومغني المحتاج : ٢/ ١٨٧، وحاشية الجمل : ٣/ ٣٦٣، وكشاف القناع : ٥/ ٥١١، ٦/ ٧، الموافقات : ٢/ ٣٣١. أمَّا الأحناف فقد خضع مذهبهم لشيء غير يسير من التطور، فأطلق متقدموهم حق المالك في التصرف في ملكه دون اعتبار للضرر الذي يقع على الغير، وهو ما يعبر عنه الكاساني بقوله: « للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء كان تصرفًا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى، فله أن يبني في ملكه مرحاضًا أو حمامًا أو رحى أو تنورًا، وله أن يقعد في بنائه حدادًا أو قصارًا، وله أن يحفر في ملكه بئرًا أو بالوعة أو ديماسًا، وإن كان ذلك البناء يتأذى به جاره، وليس لجاره =

في المادة السابقة عن الحقوق التي يكون فيها حق التصرف والانتفاع بالأعيان، فهذه المادة وما بعدها بمثابة التفصيل بعد الإجمال.

وذكر فيها أن الأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة هي ما كان لملاكها حق التصرف فيها عينًا ومنفعةً؛ أي كاملة الملك؛ أي أن ملك اليد ثابت له وكذلك ملك التصرف فلا هي مرهونة لغيره ولا هي مؤجرة ولا موقوفة المنفعة، فإذا كان كذلك فهو حر في جميع تصرفاته فيها ما لم تضر بغيره ضررًا فاحشًا وكانت في حدود ملكه. فله أن ينشئ عليها عقود المعاوضات كالبيع في بيع رقبة العين بمنفعتها والإجارة في بيع المنفعة بلا رقبتها، وله كذلك أن يرهنها فيحبس عينها، وله أن ينشئ عليها عقود التبرعات؛ كالهبة بغير عوض وقد يأخذ عليها عوضًا، وقد يعير منفعتها، أو يقرض عينها، أو يوقف عينها ومنفعتها، أو يوقف منفعتها فقط وكذلك قد يوصي بها أو بمنفعتها.

لكن قد تكون رقبتها ملكا له ولكنه لا يملك التصرف فيها، وذلك بأن يتعلق بها حق لغيره كأن تكون مرهونة، فللمرتهن حق حبسها على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك؛ وذلك لأن الرهن لا يزيل ملك الرقبة ولا يوجب فيها حقًّا للمرتهن إنما يثبت حق المرتهن في المالية، وعليه فليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخدامًا وركوبًا ولبسًا وسكنى وغير ذلك؛ لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام، وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع، وليس له أن يبيعه لغير المرتهن بغير إذنه[1]، كما، أنه ليس للراهن أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير

= أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يُجَبُ إليه. بدائع الصنائع: ٦/ ٢٦٤، والديماس هو: الحمام، والتنور هو: الفرن. أمَّا متأخرو الأحناف فقد قيدوا حق المالك في التصرف في ملكه بقيود عدة سنتناولها في التعليق على (المواد ٥٧) وما بعدها.

والأراضي العشرية التي أشارت إليها المادة موضع التعليق هي الأراضي المفتوحة صلحًا وأسلم أهلها عليها دون قتال، وكذلك كل أرض العرب سواء فتحت صلحًا أو عَنْوة. الاختيار لتعليل المختار: ١/ ١١٣، والخراج لأبي يوسف: ص ٦٩، وحكم هذه الأرض أنها تكون ملكًا لأهلها، يبيعونها ويؤجرونها ويتوارثونها فيما بينهم، وذلك بخلاف الأرض الخراجية المفتوحة عنوة؛ فهذه تكون على الملكية العامة للمسلمين، وموقوفة على مصالحهم، وتبقى في يد أهلها ينتفعون بها ويؤدون خراجها الذي يصرف في مصالح المسلمين. وليست الأرض الخراجية مملوكة لأصحابها، فليس لهم بيعها ولا التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملك. وموضوع الخراج من الموضوعات التي بحثها الفقهاء بتفصيل بالغ؛ لأهميته في الضبط الإداري للدولة. الخراج لأبي يوسف، ويحيى بن آدم، والاستخراج في أحكام الخراج لابن رجب، وفتح القدير: ٤/ ٣٠٣ وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٢/ ١٨٩.

(١) لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن - إن أجازه جاز - لأن عدم النفاذ لمكان حقه، فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ، وكان الثمن رهنًا، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنًا، أو لا في جواب ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهنًا إلا بالشرط؛ لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة؛ بل المرهون هو المبيع، وقد زال حقه عنه بالبيع.

إذنه. ولو فعل توقف على إجازة المرتهن إن رده بطل، وله أن يعيده رهنًا، وإن أجازه؛ جازت الإجازة وبطل عقد الرهن[١]. وليس له كذلك أن يُؤاجره من أجنبي بغير إذن المرتهن[٢]، ولو فعل وقف على إجازته فإن رده، بطل وإن أجاز، جازت الإجارة؛ وبطل عقد الرهن[٣]؛ وليس له أن يعيره من أجنبي بغير إذن المرتهن؛ فلو أعار وسلم، فللمرتهن أن يبطل الإعارة ويعيده رهنًا، وإن أجاز جاز، ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه، وكذا إذا أعاره[٤] بإذن المرتهن[٥].

وكذلك يمنع صاحب الرقبة من التصرف فيها إذا كانت منفعتها ليست ملكًا له بأن كانت مملوكة - أي المنفعة - ملكًا مؤقتًا لغيره بعقد إجارة. فإذا كانت مؤجرة لغيره تكون منفعتها ليست ملكًا له؛ بل تكون ملكًا للمستأجر فليس له أن يدخل دابته الدار بعدما أجازها مثلًا أو كانت منفعتها موقوفة على غيره أو أوصى بها لغيره أو ملَّك رقبتها بالوصية وملَّك غيره منفعتها بالوصية أيضًا[٦].

وقد مثل المؤلف للأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة بالأراضي العشرية، وهي كل بلدة أسلم أهلها طوعًا؛ وهي خمسة أنواع: فأرض العرب كلها عشرية. والثاني: كل أرض أسلم أهلها طوعًا. والثالث: الأرض التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين. والرابع: بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانًا. والخامس: الأرض الميتة التي أحياها مسلم وكانت من توابع الأرض العشرية. وذكر عن أبي يوسف إن كانت هذه الأراضي من حيز أرض عشر فهي عشرية وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية؛ لأن حيز الشيء في حكم ذلك الشيء؛ لأنه من توابعه، كحريم الدار من توابع الدار حتى يجوز الانتفاع به؛ ولهذا لا يجوز إحياء ما في حيز

---

(١) لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف، بخلاف البيع.

(٢) لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة؛ ولأن الإجازة بعقد الانتفاع، وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملِّكُهُ غيرَه؟ راجع بدائع الصنائع: ٦/ ١٤٦.

(٣) لأن الإجارة إذا جازت، وهي عقد لازم، لا يبقى الرهن ضرورة والأجرة للراهن؛ لأنها بدل منفعة مملوكة له، وولاية قبض الأجرة له أيضًا؛ لأنه هو العاقد، ولا تكون الأجرة رهنًا؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونًا.

(٤) بخلاف ما إذا آجره فأجاز المرتهن، أو آجره بإذنه أنه يبطل الرهن؛ لأن الإجارة عقد لازم ألا ترى أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر، فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن. فأمَّا الإعارة فليست بلازمة؛ لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء، فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن إلا أنه يبطل ضمان الرهن.

(٥) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ١٤٦، المبسوط: ٣/ ١١٣، ٩/ ٦٢، ٩/ ١٤٥، ١١/ ٦٤، تبيين الحقائق: ٦/ ٨٠، ٦/ ٨٥، الجوهرة المنيرة: ١/ ٢٣٤، مجمع الأنهر: ٢/ ٦٠٤، رد المحتار: ٦/ ٥٠٨.

(٦) راجع: البحر الرائق: ٧/ ٣٠٤، ٨/ ١١، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٦.

القرية لكونه من توابع القرية فكان حقًا لأهل القرية وقياس قول أبي يوسف أن تكون البصرة خراجية؛ لأنها من حيز أرض الخراج وإن أحياها المسلمون، إلا أنه ترك القياس بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - حيث وضعوا عليها العشر.

وقال محمد: إن أحياها بماء السماء، أو ببئر استنبطها، أو بماء الأنهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات فهي أرض عشر، وإن شقَّ لها نهرًا من أنهار الأعاجم؛ مثل: نهر الملك ونهر يزدجرد فهي أرض خراج. وجه قول محمد أن الخراج لا يبتدأ بأرض المسلم لما فيه من معنى الصغار كالفيء إلا إذا التزمه فإذا استنبط عينًا، أو حفر بئرًا، أو أحياها بماء الأنهار العظام فلم يلتزم الخراج فلا يوضع عليه، وإذا أحياها بماء الأنهار المملوكة فقد التزم الخراج؛ لأن حكم الفيء يتعلق بهذه الأنهار فصار كأنه اشترى أرض الخراج[1].

والأراضي عمومًا لا تخلو عن مؤنة إما العشر وإما الخراج، والابتداء بالعشر في أرض المسلم أَوْلَى؛ لأن في العشر معنى العبادة، فهو أليق به حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية والرفق؛ لأنه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج كما أن فيه معنى الصغار ولهذا لا يبدأ بالخراج صيانة له عن معنى الصغار فكان عليه العشر[2].

والأراضي العشرية مملوكة الرقبة والمنفعة لأهلها، فتصح منهم كافة التصرفات الشرعية من بيع وإجارة وإعارة وهبة بعوض وبغيره ووقف ورهن وميراث ووصية وتثبت فيها حق الشفعة بشروطها، والأراضي الخراجية مثلها مثل الأراضي العشرية في ملكية أهلها لها وصحة كافة تصرفاتهم فيها بخلاف الأراضي الأميرية؛ فهي ليست ملكًا لمن في أيديهم، فلا يقدرون على بيعها وشرائها وهبتها ووقفها إلا بتمليك السلطان فإذا مات واحد منهم قام ابنه مقامه ويتصرف على الوجه المذكور، ولا تعود الأراضي التي في يده إلى بيت المال. وإن كان له بنت أو أخ لأب وطالباه يعطي لهما الأجرة بطريق الإجارة الفاسدة أيضًا. وإن عطلها متصرفها ثلاث سنين أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع عن يده وتعطى لآخر، وإن أراد واحد منهم الفراغ لآخر لا يقدر إلا بإذن السلطان أو نائبه. وعليه لا شفعة فيها[3]؛ وهذا رأي بعض المتأخرين[4].

---

(١) راجع: المبسوط: ٣/ ٨، بدائع الصنائع: ٢/ ٥٨، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٧٢، العناية: ٦/ ٣٢، البحر الرائق: ٢/ ٢٥٨، ٥/ ١١٣، مجمع الأنهر: ١/ ٦٦١، رد المحتار: ٤/ ١٧٦.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٢/ ٥٨، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٧٥، البحر الرائق: ٥/ ١١٣، المبسوط: ٣/ ٦، ٣/ ٨، بدائع الصنائع: ٢/ ٥٥، ٢/ ٥٨.

(٣) راجع: منح الجليل: ٣/ ٢٢١، حاشية البيجرمي: ٤/ ٢٦٤، المغني: ٢/ ١٨٥٨.

(٤) راجع: المبسوط: ١٠/ ٣٨، بدائع الصنائع: ٢/ ٥٩، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٤٩، العناية: ٦/ ٣١، درر الحكام: =

● (مادة ٦) : أراضي مصر خراجية مملوكة في الأصل لأربابها، وما آل منها إلى بيت المال بسبب موت ملاكه مثلًا بلا وارث فرقبته مملوكة لبيت المال، وللإمام أن يجعل منفعته إلى المزارعين[1] ....

= ١/ ٢٨٦، البحر الرائق : ٥/ ١١٣، در المحتار : ٤/ ١٧٨، مجمع الأنهر : ١/ ٦٦٥، رد المحتار : ٤/ ١٨٠.

(١) تتناول هذه المادة عدة قواعد، أولها: أن أرض مصر خراجية مملوكة في الأصل لأربابها، وتبنى هذه القاعدة من وجهة النظر الفقهية على أصلين متناقضين في اعتبار الأصل التاريخي لهذه الأرض عند فتحها، فقد ذهب البعض إلى أن أرض مصر قد فتحها المسلمون بالصلح مع أهلها على أن تستمر ملكيتهم لأراضيهم مقابل ما يدفعونه من خراج للدولة. ويصح بمقتضى هذه الملكية أن يتصرف هؤلاء الملاك في أراضيهم بكل أنواع التصرفات. وذهب البعض الآخر إلى أن أرض مصر قد فتحت عنوة وتركها عمر في يد أهلها يزرعونها ويؤدون الخراج عنها، ويجمل ابن رجب الخلاف في اعتبار أرض مصر عشرية أو خراجية لاختلافهم في أنها هل فتحت عَنْوة أو صلحًا أو بعضها عنوة وبعضها صلحًا؟ ورأى الآمدي أن أرض مصر أرض صلح. وحكى أبو عبيد في أرض مصر قولين : أحدهما : أنها صلح سوى الإسكندرية، وحكاه عن يزيد بن أبي حبيب والليث بن سعد، والثاني : أنها عنوة وحكاه عن مالك وابن لهيعة، ونافع بن يزيد وغيرهما، من المصريين. واختار أبو عبيد أنها أخذت صلحًا ثم نقضوا العهد فأخذت منهم عنوة. الاستخراج في أحكام الخراج، طبعة مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية : ص ١٨٨، وجمهور الفقهاء أن أرض الصلح أرض عشرية لا خراجية، وإن أجاز بعضهم فرض الخراج عليها طبقًا لشروط الصلح، السابق ص ١٢٨. وهكذا فإن الحكم باعتبار أرض مصر خراجية غير مرتبط بالأصل التاريخي لوضع هذه الأرض عند الفتح؛ فإنها إن سلم بأنها مفتوحة عنوة تكون خراجية، وهي خراجية كذلك على افتراض فتحها صلحًا طبقًا لشروط الصلح على رأي من يجيز من الفقهاء فرض الخراج بالاتفاق عليه مع أهل هذه الأرض.

أمَّا القاعدة الأخرى المتضمنة في هذه المادة، فتتعلق بملكية أرض مصر، وأنها لأهلها بحيث يحق لأهل هذه الأرض التصرف فيها بكل أنواع التصرفات من استغلال وبيع وإجارة وسكنى ووقف؛ لأنها ملكهم على مذهب أبي حنيفة بافتراض أنها فتحت عنوة خلاف لجمهور الفقهاء؛ فالأرض المفتوحة عنوة ملك لجماعة المسلمين على مذهب الجمهور، وهي في أيدي أهليها ينتفعون بها مقابل ما يدفعونه من خراجها وهو يشبه أن يكون أجرة لها. أما أبو حنيفة والثوري فقد ذهبا إلى أن الأرض المفتوحة عنوة ملك لأربابها يجوز لهم التصرف فيها بالبيع والشراء والهبة، ويتوارثها عنهم أقاربهم، وذلك لما روى عبد الرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضًا على أن يكفيه خراجها. فتح القدير : ٤/ ٣٠٣ وما بعدها، والاختيار : ٣/ ٣١٩، وحاشية الدسوقي : ٢/ ١٨٩، والمغني : ٢/ ٧١٦ وما بعدها، والخراج لأبي يوسف: ص ٦٨ وما بعدها.

أما إذا اعتبرت أرض مصر قد فتحت صلحًا، فإنها تكون ملكًا لأربابها على رأي الجمهور كذلك، ويجوز الالتفات إلى أن إقرار ملكية الأرض لأربابها فيما فتح عنوة هو الأحفظ لحقوق الذين يزرعونها، وخاصة ضد الأمراء الظلمة الذين عني الفقهاء الذين كتبوا في الخراج بدفع ظلمهم. راجع مقدمة كتاب الأموال للداودي، نشر مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، ص ١٣ وما بعدها.

أما القاعدة الأخيرة التي تضمنتها المادة، موضوع التعليق، فهي التي تتعلق بما سمي في الفقه بأرض الحوز؛ وهي الأرض التي مات عنها أربابها بلا وارث، وآلت إلى بيت المال، أو فتحت عنوة أو صلحًا ولم تملك لأهلها وبقيت رقبتها موقوفة على ملك المسلمين. وإنما سميت أرض الحوز؛ لأن الإمام حازها لبيت المال ولم يقسمها. واصطلاح أرض الحوز اصطلاح لمتأخري الأحناف، ويرادف اصطلاح أرض المملكة والأراضي الأميرية الوارد في المادة التالية. ومذهب الأحناف في أرض الحوز أو الأراضي الأميرية أنها ليست خراجية ولا عشرية؛ وإنما هي قسم خاص بذاته =

في نظير إعطاء الخراج[1].

= لا حق للإمام في قسمه أو تمليكه لأحد، ولكن تدفع لمن ينتفع بها مقابل ما يؤديه من خراج كذلك، وليس له أن يبيعها ولا أن يتصرف فيها بأي من التصرفات الناقلة للملك. تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ١٩٩.
أمَّا جمهور الفقهاء؛ فيرون أن للإمام الحق في نقل ملكية بيت المال هذه الأرض لمن يراه طبقًا لما توجبه المصلحة. الأحكام السلطانية للماوردي : ص ١٣٨، ولأبي يعلى : ص ١٣١، وكشاف القناع : ٣/ ٩٤. وسيأتي مزيد تفصيل في التعليق على المادة التالية.
يجب النظر إلى أهمية هذه المادة وقت كتابتها؛ إذ يقرر قدري باشا بوضوح لا لبس فيه استنادًا إلى رأي عدد من علماء المذهب الحنفي أن أرض مصر خراجية مملوكة لأربابها، فلهم حق التصرف فيها بكل أنواع التصرفات الناقلة للملك وتورث عنهم، ويجب النظر إلى أهمية هذه المادة كذلك على ضوء اللائحة السعيدية الصادرة في (١٥ من أغسطس ١٨٥٨م)، والتي قصد بها الخديوي سعيد إعطاء أرباب الأراضي المزيد من الحقوق الناشئة عن الملك، « فأصبحت هذه الأراضي تورث عنهم، وجاز لهم رهنها غاروقة وإيجارها، حتى يمكن القول بأن أراضي مصر وإن بقيت خراجية أصبح لأصحابها عليها من الحقوق ما يقرب من حقوق الملاك »، الوسيط للسنهوري : ٨/ ٤٨٦، ومن أهم الأحكام التي وردت في هذه اللائحة: أنه إذا مات صاحب الأرض فلبيت المال أن يوجهها إلى من شاء، ولكن متى كان للميت ورثة شرعيون يكونون أَوْلَى وأحق من الغير، مراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من الانتفاع بها، ويكون أخذهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعي، بشرط أن يكونوا مقتدرين على زراعتها وتأدية خراجها ولو بواسطة الوكلاء والأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفة القاضي (البند الأول)، ويجوز لأصحاب الأطيان الخراجية إسقاط حقهم فيها وإفراغها لغيرهم، بموجب حجج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجج، ويكون ذلك بعدُ الاستئذان من المديرية وصدور الإذن منها بتحرير الحجة، ويشترط في المفرغ له الالتزام بسداد الأموال الواجبة للدولة (البند العاشر)، ويجوز طبقًا لما جاء في البند الثامن رهن الأطيان الخراجية بالغاروقة، كما يجوز طبقًا لما في البند التاسع إجارتها، وتنزع الأرض الخراجية من يد حائزها إذا تركوها مدة خمس سنوات، أما من يغرس أشجارًا أو يبني بنايات في أرضه الخراجية، فإن له أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغيرها، وقد أجيزت الوصية دون الوقف في الأرض الخراجية في عهد إسماعيل، وذلك عام (١٨٦٦م)، ثم صدرت لائحة المقابلة عام (١٨٧١م)، متضمنة الحكم بأن من يدفع خراج ست سنوات مقدمًا على أطيانه الخراجية يحق له استخراج حجة شرعية بالحق في الإسقاط والهبة والوصية والتوريث، ثم صدر القانون المدني المختلط عام (١٨٧٦م)، متضمنًا في (مادته ٢١) تعريف الأرض الخراجية، مع جواز تأبيد حق الانتفاع بها (م ٣٥)، وحق الدولة في بيع ما تستوفي به حقها من الأرض الخراجية إذا لم يف حائزها بما عليه من الأموال طبقًا لما جاء في (المادة ٤٩). ونصت (المادة ٥٠): على سقوط حق الانتفاع بالأرض الخراجية إذا عطلها حائزها خمس سنوات، ويكتسب حق الانتفاع في الأراضي الخراجية بوضع اليد خمس سنوات طبقًا (للمادة ١٠٥).
وفي المادة السادسة من القانون المدني الأهلي الصادر عام (١٨٨٣م)أنها: « تسمى ملكًا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام، وتعتبر في حكم الأطيان الخراجية التي دفعت عنها المقابلة اتباعًا للمنصوص بلائحة المقابلة ».
وفي عام (١٨٩١م) صدر الأمر العالي بجعل جميع الأطيان الخراجية حتى التي لم تدفع عنها المقابلة أو جزء منها مملوكة ملكية تامة لأصحابها؛ ومن ذلك الوقت أُلغي الفرق ما بين الأراضي المملوكة، والأراضي الخراجية، وأصبحت جميع الأراضي في مصر مملوكة ملكية تامة لأصحابها، وتمت بذلك حلقات تطور طويل مرت عليها ملكية الأراضي في مصر. الوسيط للسنهوري : ٨/ ٤٨٩، وقد حاول فقهاء الأحناف تحقيق هذا التطور من الوجهة النظرية، فأكدوا اعتبار أرض مصر خراجية مملوكة لأربابها، وهو ما اعتمدته المادة موضع التعليق مما يجعلها موافقة مع ما انتهى إليه التطور في ملكية الأراضي بمصر.
(١) حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٠٤، حاشية البيجرمي على المنهج : ٤/ ٢٦٤، مطالب أولي النهى : ٣/ ٥٦٥.

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ملكية الأراضي المصرية لأربابها باعتبارها أراضي خراجية، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أن الأراضي العشرية مملوكة لأهلها فتصح منهم كافة التصرفات الشرعية من بيع وهبة وإجارة وإعارة ورهن ووقف ووصية وميراث؛ لأنها مملوكة الرقبة والمنفعة. وقبل الخوض في الحديث عن الأراضي المصرية وملكيتها نتحدث عن الخراج؛ فنقول: هو ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ثم سمي ما يأخذ السلطان خراجًا، فيقال أدى فلان خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم؛ يعني الجزية كما في المغرب[1].

وأرض الخراج هي كل بلدة فتحها الإمام عنوة وقهرًا، ثم منَّ بها على أهلها؛ وتركها في يد أربابها، فإنه يضع الجزية على جماعتهم إذا لم يسلموا، وعلى أراضيهم الخراج أسلموا أو لم يسلموا، وكذا إذا منَّ عليهم وصالحهم من جماجمهم وأراضيهم على وظيفة معلومة من الدراهم أو الدنانير أو نحو ذلك فهي خراجية، وكذا إذا أجلاهم ونقل إليها قومًا آخرين من أهل الذمة؛ لأنهم قاموا مقام الأولين؛ ولأن ابتداء الوظيفة فيها على الكافر، فلا يمكن إيجاب العشر؛ لأنه صدقة والكافر ليس من أهلها فيوظف الخراج عليها؛ ولأن خراج الأراضي تبع لخراج الجماجم، والذمي إذا جعل داره بستانًا، أو أحيا أرضًا ميتة بإذن الإمام فعليه فيها الخراج لما بينا؛ ولأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ، حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الإخراج، وهو أكثر من العشر أيضًا[2]، فسبب الخراج فتح الأرض عنوة وثبوت حق الغانمين[3] فيها. وهو - أي الخراج - لا يسقط بالإسلام أو بالانتقال إلى المسلم ببيع وغيره؛ فعند أبي حنيفة الخراج لا يتبدل والعشر يتبدل. وعند أبي يوسف يتبدلان، وعند محمد لا يتبدلان؛ فالأرض إذا صارت خراجية لا تنقلب عشرية بتبدل المالك. فإذا أسلم الذمي على أرضه كان عليه خراجها كما كان عندنا.

وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج؛ لأنهم اعتبروا خراج الأرض بخراج الرأس؛ فكما لا يجب على المسلم بعد إسلامه خراج الرأس فكذلك خراج الأرض لما فيه من معنى

(١) راجع: المغرب: ص ١٤٣.

(٢) راجع: المبسوط: ٣/ ٩، بدائع الصنائع: ٢/ ٦٣، تبيين الحقائق: ٣/ ٧٢، العناية: ٦/ ٣٢، الجوهرة المنيرة: ٢/ ٢٧١، درر الحكام: ١/ ٢٩٦، البحر الرائق: ٥/ ١١٥، مجمع الأنهر: ١/ ٦٦١، رد المحتار: ٤/ ١٧٦.

(٣) راجع: المبسوط: ٢/ ٢٠٨.

الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم[1]. ولو اشترى مسلم من ذمي أرضًا خراجية فعليه الخراج ولا تنقلب عشرية؛ وذلك لأن الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة؛ وهذا لأنه بعد الإسلام لا يخلي أرضه عن مؤنة، فإبقاء ما تقرر واجبًا أَوْلَى؛ لأنَّا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر بخلاف خراج الرأس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء؛ فلذلك لا يبقى بعد الإسلام، كما أنه لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا نحتاج إلى إيجاب مؤنة أخرى عليه، وأيضًا لا يكره للمسلم أداء خراج الأرض لما روي عن ابن مسعود والحسن بن علي وشريح - رضي اللَّه عنهم - أنه كانت لهم أرضون بالسواد يؤدون خراجها. فبهذا تبين أن خراج الأرض لا يعد من الصغار، وإنما الصغار خراج الأعناق.

ولو اشترى الذمي أرض عشر من مسلم، فعليه الخراج عند الإمام، وعند أبي يوسف عليه عشران، وعند محمد عليه عشر واحد.

وجه قول محمد أن الأصل أن كل أرض ابتدأت بضرب حق عليها أن الحق لا يتبدل بتبدل المالك كالخراج، والجامع بينهما أن كل واحد منهما مؤنة الأرض لا تعلق له بالمالك حتى يجب في أرض غير مملوكة، فلا يختلف باختلاف المالك، وأبو يوسف يقول: لما وجب العشر على الكافر - كما قاله محمد - فالواجب على الكافر باسم العشر يكون مضاعفًا كالواجب على التغلبي ويوضع موضع الخراج. ولأبي حنيفة أن العشر فيه معنى العبادة، والكافر ليس من أهل وجوب العبادة، فلا يجب عليه العشر كما لا تجب عليه الزكاة المعهودة؛ ولهذا لا تجب عليه ابتداء، كذا في حالة البقاء وإذا تعذر إيجاب العشر عليه فلا سبيل إلى أن ينتفع الذمي بأرضه في دار الإسلام من غير حق يضرب عليها فضربنا عليها الخراج[2].

---

(١) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية : ص ١٩/ ٨٨، أنه قد اتفق الفقهاء على أن الخراج العنوي لا يسقط عن الأرض الخراجية بإسلام صاحبها ولا بانتقالها إلى مسلم؛ لأن الأرض المفتوحة عنوة موقوفة على جميع المسلمين، والخراج المضروب عليها بمثابة الأجرة فلا يسقط بإسلام من بيده هذه الأرض ولا بانتقالها إلى مسلم. واختلفوا في الخراج الصلحي (المضروب على الأرض التي صالح المسلمون أهلها على أن لهم الأرض وللمسلمين الخراج) هل يسقط بعد إسلام صاحبها، أو انتقالها إلى مسلم؛ فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى سقوط الخراج الصلحي إذا أسلم صاحب الأرض، أو انتقلت إلى مسلم؛ لما روى العلاء بن الحضرمي قال: بعثني رسول اللّه ﷺ إلى البحرين، أو إلى هجر، فكنت آتي الحائط يكون بين الإخوة يسلم أحدهم، فآخذ من المسلم العشر، ومن المشرك الخراج؛ ولأن الخراج الصلحي بمثابة الجزية التي تتعلق بالكفر، فإذا زال الكفر سقط الخراج كما تسقط الجزية. وذهب الحنفية إلى عدم سقوط الخراج الصلحي قياسًا على الخراج العُنْوي؛ ولأن الخراج مؤنة الأرض، والأصل فيها أنها لا تتغير بتبدل المالك إلا لضرورة، فإذا أسلم صاحب الأرض الخراجية أو باعها من مسلم فلا ضرورة لتغير المؤنة؛ لأن المسلم من أهل وجوب الخراج؛ أي في الجملة .

(٢) راجع : المبسوط : ٣/ ٦، ١/ ٢٩٥، ١٠/ ٨٤، بدائع الصنائع : ٢/ ٥٥.

وأرض الخراج مملوكة لأهلها عندنا، فيجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة؛ لأن الإمام إذا فتح أرضًا عنوة له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية، فتبقى الأرض مملوكة لأهلها، ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين، فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات[1].

وأمّا الحديث عن الأراضي المصرية فهو كالتالي:

قد اختلف العلماء في أنها فتحت على يد عمرو بن العاص ﷺ عنوةً، أو صلحًا ولا يؤثر ذلك في كونها خراجية؛ لأنها تكون خراجية إذا لم يسلم أهلها سواء فتحت عنوة، ومنَّ على أهلها بها أو صلحًا ووضع عليهم الجزية، وضع الخراج على مصر سيدنا عمر بن الخطاب.
وعلى هذا؛ فالأراضي المصرية - في الأصل- مملوكة لأربابها فيجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها بالرهن والهبة وغيرهما؛ لأن الإمام إذا فتح أرضًا عنوة له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية، فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وتورث عنهم، إلى أن لا يبقى منهم أحد، فينتقل الملك لبيت المال[2]؛ فإذا مات مالكها ولم يخلف وارثًا سقط الخراج لعدم المحل، ولا يمكن الوجوب على المشتري من السلطان؛ لأن الخراج لا بد فيه من الالتزام حقيقة وهو ظاهر، أو حكمًا بأن انتقلت الأرض إليه ممن وجب الخراج عليه لنفسه كبيعه أو بيع السلطان عند عجزه ولم يوجد في مسألتنا. ولو قبل بوضع الخراج الآن على أرضه لم يجز؛ لأن المسلم لا يجوز وضع الخراج عليه ابتداءً، وإن جاز بقاء بالتزامه، وإنما وجب الخراج عليه فيما إذا جعل داره بستانًا وسقاه بماء الخراج لما أن سقيه بماء الخراج التزام منه، كما في شروح الهداية، مع أن المذهب وجوب العشر مطلقًا دون الخراج، وهو الأظهر كما في غاية البيان لما ذكر، ولو قيل بعوده لم يجز؛ لأن الساقط لا يعود، وليس هو من باب زوال المانع؛ لأن المقتضى لم يبق موجودًا وهو الالتزام حقيقةً أو حكمًا[3].

وتكون هذه الأرض نوعًا ثالثًا - يعني لا عشرية ولا خراجية - من الأراضي تسمى أرض المملكة وأراضي الحوز، وهو من مات أربابه بلا وارث وآل لبيت المال أو فتح عنوة، وأُبقي

---

(١) راجع : تبيين الحقائق : ٣/ ٢٧٢، فتح القدير : ٦/ ٣٢، رد المحتار : ٤/ ١٧٨.

(٢) جاء في بدائع الصنائع : ٢/ ٦٨ : « ما يوضع في بيت المال من الأموال أربعة أنواع: أحدها: زكاة السوائم، والعشور وما أخذه العشار من تجار المسلمين إذا مروا عليهم، والثاني: خمس الغنائم، والمعادن، والرِّكاز، والثالث: خراج الأراضي وجزية الرؤوس وما صولح عليه بنو نجران من الحلل، وبنو تغلب من الصدقة المضاعفة، وما أخذه العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب، والرابع: ما أخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثًا أصلًا، أو ترك زوجًا، أو زوجةً ».

(٣) راجع : تبيين الحقائق : ٣/ ٢٧٢، الجوهرة المنيرة : ٢/ ٢٧١، فتح القدير : ٦/ ٣٣، البحر الرائق : ١/ ٢٩٦، مجمع الأنهر : ١/ ٦٦٢، رد المحتار : ٤/ ١٧٨، البحر الرائق : ٥/ ١١٥، رد المحتار : ٤/ ٨٤، رد المحتار : ٢/ ٣٢٧.

للمسلمين إلى يوم القيامة. وحكمه على ما في التتارخانية : أنه يجوز للإمام دفعه للزراع بأحد طريقين إما بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، وأما بإجارتها لهم بقدر الخراج، فيكون المأخوذ في حق الإمام خراجًا، ثم إن كان دراهم، فهو خراج موظف أجرة في حقهم، ويأخذونها مزارعة، وهي في معنى الإجارة لا إجارة حقيقة، والمأخوذ منهم بدل إجارة لا خراج، كما صرح به ابن الكمال وغيره.

وهذه الأرض إذا كانت في أيدي زراعها لا تنزع من أيديهم ما داموا يؤدون ما عليها، ولا تورث عنهم إذا ماتوا، ولا يصح بيعهم لها ولا شفعة فيها لعدم الملك. ولكن جرى الرسم في الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه مجانًا، وإلا فلبيت المال، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة. وإن عطلها متصرف ثلاث سنين، أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر، ولا يصح فراغ أحدهم عنها لآخر بلا إذن السلطان أو نائبه.

فإذا ادعى واضع اليد عليها الذي تلقاها شراءً أو إرثًا أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه، وأنه يؤدي خراجها؛ فالقول له أو على من يخاصمه في الملك البرهان، إن صحت دعواه عليه شرعًا، واستوفيت شروط الدعوى. وقد قالوا إن وضع اليد والتصرف من أقوى ما يستدل به على الملك؛ ولذا تصح الشهادة بأنها ملكه. وفي رسالة الخراج لأبي يوسف: وأيما قوم من أهل الخراج، أو الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد، وبقيت أرضهم معطلة، ولا يعرف أنها في يد أحد، ولا أن أحدًا يدعي فيها دعوى، وأخذها رجل فحرثها وغرس فيها، وأدى عنها الخراج أو العشر، فهي له، وهذه الموات التي وصفت لك، وليس للإمام أن يخرج شيئًا من يد أحد إلا بحقٍّ ثابت معروف.

وأمَّا ما ذهب إليه الكمال من أن الخراج قد ارتفع عن أراضي مصر وأن المأخوذ منها إنما هو بدل إجارة لا خراج لعدم ملكية أهلها لها لاحتمال موت أهلها بلا وارث لا يصلح حجة في إبطال اليد المثبتة للملك؛ فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل، ومثله لا يعارض المحقق الثابت؛ فإن الأصل بقاء الملكية واليد أقوى دليل عليها، فلا تزول إلا بحجة ثابتة وإلا لزم أن يقال مثل ذلك في كل مملوك بظاهر اليد، مع أنه لا يقول به أحد وما زال أهلها في مصر (لا بد من مراجعة ما فعله محمد علي باشا عن طريق الالتزام) وبلاد الشام؛ لأنها مثلها يتبايعونها ويتوارثونها ويجرون كافة المعاملات الشرعية فيها.

ولكن نستطيعْ أن نجزم أن ما ثبت انتقال ملكيته إلى بيت المال بوجه شرعي لا عن احتمال فقد ارتفع عنه الخراج والمأخوذ منه بدل إجارة لا خراج، وما لم يثبت انتقال ملكيته إلى بيت المال؛ فهو ملك لأربابه يحق لهم فيه كافة التصرفات الشرعية من بيع وهبة وإجارة وإعارة ..... إلخ ويجب عليهم الخراج لبقائه على أصله(١).

وبهذا يتضح أن الإمام يتصرف في منفعة الأراضي الأميرية مع بقاء رقبتها وذلك بإعطائها للمزارعين مزارعة كما سبق، وفي المادة التالية نذكر - إن شاء اللّٰه تعالى - حكم بيع الإمام رقبة الأراضي الأميرية تبعًا لتقسيم المؤلف.

***

● (مادة ٧) : الأراضي الأميرية التي يبيعها ولي الأمر بمسوِّغ بيعها ويملِّك رقبتها للمشترين متى تحققت المصلحة في بيعها تكون مملوكة رقبة(٢) ....

---

(١) راجع : رد المحتار : ٤/ ١٧٩، ٤/ ١٨٢، البحر الرائق : ٥/ ١١٣، ٢/ ٢٣٥، ٤/ ١٨٨، ٦/ ٢٢٤.

(٢) تقدم تعريف الأراضي الأميرية أو أراضي الحوز؛ وهي إما الأراضي التي مات عنها مالكوها بلا وارث، فتنتقل ملكيتها إلى بيت المال لكونه وارث من لا وارث له، أو الأراضي التي فتحت عَنْوة، أو صلحًا ولم تقسم على المسلمين ولا على أربابها الحائزين لها عند الفتح. ولأن أرض مصر هي في الأصل أراضي خراجية، فلا يعد منها من قبيل الأراضي الأميرية أو أراضي الحوز إلا ما مات عنه أربابه دون وارث، ومن الغريب أن يذهب بعض الأحناف إلى أن أرض مصر قد صارت أرض حوز. يقول ابن الهمام: « أرض مصر في الأصل خراجية، ولكن الرسم الآن (في القرن التاسع الهجري، ت٨٦١هـ) أن المأخوذ منها بدل إجارة الإخراج؛ لأن الأراضي ليست مملوكة للزراع، كأنه لموت المالكين شيئًا فشيئًا من غير إخلاف ورثة قد صارت لبيت المال ». فتح القدير : ٥/ ٢٨٣، وقد نقله ابن نجيم، ووافق عليه البحر الرائق : ٥/ ١١٤، ويبدو اهتمامه بهذه المسألة في رسالته التحفة المرضية في الأراضي المصرية، ويتعجب ابن عابدين من اعتبار أرض مصر أرض حوز صارت لبيت المال باحتمال أن أهلها كلهم ماتوا بلا وارث. ويؤكد الرأي السائد؛ وهو أن أرض مصر خراجية مملكة لأهلها، وأن بعض أصحابها ماتوا بغير وارث، فآلت ملكية هذه الأراضي إلى بيت المال. أمَّا اعتبارها جميعها أرض حوز، فإن ذلك يستلزم إبطال أوقافها وإبطال المواريث فيها، وتعدي الظلمة على أرباب الأيدي الثابتة المحققة في المدد المتطاولة بلا معارض، واحتمال موت أهلها بلا وارث لا يصلح حجة في إبطال اليد المثبتة للملك، فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل، ويحتمل أنها كانت مواتًا فأحييت فملكت بذلك أو اشتريت من بيت المال. والحاصل في الديار الشامية والمصرية ونحوها أن ما علم منها كونه لبيت المال بوجه شرعي؛ فحكمه ما ذكره في الفتح، وما لم يعلم فهو ملك لأربابه، والمأخوذ منه خراج لا أجرة؛ لأنه خراجيٌّ في أصل الوضع والحق أحق أن يتبع.

وقد انشغل عدد من الفقهاء بنفي اعتبار أرض الشام ومصر من أراضي الحوز، كي لا يتذرع بعض الولاة بذلك إلى الاستيلاء على هذه الأرض، وإضعاف أيدي أهلها عليها وإبطال أوقافهم. وهو ما حاوله الظاهر بيبرس؛ فإنه أراد مطالبة ذوي العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك وإلا انتزعها من أيديهم، فقام عليه شيخ الإسلام النووي - رحمه اللّٰه تعالى - وأعلمه بأن ذلك غاية الجهل والعناد، وأنه لا يحل عند أحد من علماء المسلمين؛ بل من في يده شيء فهو ملكه ولا يحل لأحد الاعتراض عليه ولا يكلف إثباته ببينة، ولم زال النووي يشنع على السلطان ويعظه إلى أن كف عن ذلك. حاشية ابن عابدين : ٣/ ٢٥٨، ٤/ ١٨١، طبعة البابي الحلبي بمصر (١٩٦٦م).

ومنفعة لمشتريها[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الأراضي الأميرية، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الأراضي الخراجية وقبلها في المادة التي تسبقها عن الأراضي العشرية وإن كان المؤلف أورد في المادة السابقة بعض أحكام للأراضي الأميرية وقد ذكرنا ذلك في شرحها.

يجدر بنا أن نذكر أن الإمام قال الأراضي النامية لا تخلو عن وظيفة في دارنا. والوظيفة إمَّا الخراج أو العشر ولكن أفتى بعض المتأخرين بأن وراءهما أرضًا ليست بعشرية ولا خراجية بل يقال لها الأرض المُمَلَّكة واشتهرت بالأرض الأميرية؛ وهي الأرض التي فتحت عنوة أو صلحًا لكن لم تملك لأهلها، بل أحرزت لبيت المال أو تلك الأراضي الخراجية التي انتقلت ملكيتها إلى بيت المال؛ وذلك لموت أصحابها ولم يخلفهم فيها أحد منهم؛ وذلك لأن مالكها لو مات ولم يترك وارثًا سقط الخراج لعدم المحل؛ لأنه يجب في الذمة لا في الخارج بدليل أنه يجب بالتمكن من الزراعة. وقد قال في الخلاصة والخانية: خراج الوظيفة هو أن يكون الواجب فيها شيئًا في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض.

لا يقال إن الخراج وظيفة الأرض لا يسقط أصلًا؛ لأنَّا نقول هو كذلك ما دامت الذمة صالحة للوجوب، فإذا مات مالكها ولم يخلف وارثًا سقط لعدم المحل؛ ولأن الخراج لا بد فيه من الالتزام حقيقةً أو حكمًا؛ وذلك بأن انتقلت إلى صاحبها ممن وجب عليه الخراج لنفسه كبيعه أو بيع السلطان لها عند عجزه. أما لو باعها السلطان باعتبار أن ملكيتها لبيت المال - على الخلاف فيه - لا يصح معه الالتزام؛ لأنه - أي الالتزام - لم ينتقل له من ملتزمة؛ لأنه - أي الخراج - سقط لعدم المحل. ولو قبل بوضع الخراج عليه ابتداءً لم يجز؛ لأن المسلم لا يجوز وضع الخراج عليه ابتداءً، وإن صح بقاء التزامه لما فيه من معْنى الصغار. ولو قيل بعودة الخراج لم يجز؛ لأن الساقط لا يعود، وليس هو من باب زوال المانع؛ لأن المقتضى لم يبق موجودًا، وهو الالتزام حقيقةً أو حكمًا.

فإن قلت إن الأراضي التي للزراعة لا تخلو عن مؤنة؛ إما الخراج أو العشر، وقد حكمت

=وحكم أراضي الحوز أو الأراضي الأميرية أو أراضي المملكة أنها لبيت المال وللإمام أن يعطيها للزراع بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة ودفع خراجها أو أن يؤجرها لهم، كما أن له أن يبيع هذه الأرض مطلقًا لأي مصلحة يراها؛ لأن له ولاية عامة. وهذا مذهب المتقدمين من الأحناف، وقيد متأخروهم جواز بيع أراضي الحوز بحاجة بيت المال أو بوجود راغب في شرائها بضعف قيمتها؛ لأن الإمام في ولايته على هذه الأرض كالوصي في مال اليتيم الذي لا يجوز له بيع عقاره إلَّا لضرورة أو حاجة. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٥٨، ٤/ ١٨١، وإذا تم البيع انتقلت ملكية الأرض إلى مشتريها رقبة ومنفعة، فلا يطالب بخراج أو أجرة لها بعد ذلك على رأي جمهور الأحناف، وهو ما أخذت به المادة المذكورة.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ١٩٠، المغني: ٢/ ٣١٢.

بسقوط الخراج فينبغي أن يجب العشر. قلت: نعم ينبغي وجوبه، كما صرح به في البدائع وغيرها. وصرحوا في الأصول بأن العشر يجب في مال الوقف. وصرح في خزانة الفقه من كتاب الوقف بأن المتولي إذا دفع أرض الوقف مزارعةً جاز عند الصاحبين، وكان العشر على أرباب الوقف فيما كان لهم، وإن كان الأرباب مساكين انتهت. وكذا صرح بوجوب العشر الخصاف وغيره. وإنما لم أجزم به في الأراضي المصرية الموقوفة؛ لأني لم أر نقلًا في وجوبه إذا كانت الأرض مشتراة من بيت المال.

وحكمها على ما في التتارخانية : أنه يجوز للإمام دفعه للزراع بأحد طريقين؛ إما بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، وإما بإجارتها لهم بقدر الخراج، فيكون المأخوذ في حق الإمام خراجًا، ثم إن كان دراهم فهو خراج موظف أجرة في حقهم، ويأخذونها مزارعة، وهي في معنى الإجارة لا إجارة حقيقة والمأخوذ منهم بدل إجارة لا خراج، كما صرح به ابن الكمال وغيره .

وهذه الأرض إذا كانت في أيدي زراعها لا تنزع من أيديهم ما داموا يؤدون ما عليها، ولا تورث عنهم إذا ماتوا، ولا يصح بيعهم لها ولا شفعة فيها لعدم الملك ولكن جرى الرسم في الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه مجانًا، وإلا فلبيت المال، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة، وإن عطلها متصرف ثلاث سنين، أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر، ولا يصح فراغ أحدهم عنها لآخر بلا إذن السلطان أو نائبه[1].

وأمَّا بيع ولي الأمر الأراضي الأميرية - محل المادة - ففيها خلاف بين الفقهاء؛ فذهب المتقدمون وتابعهم ابن عابدين إلى جواز بيع الإمام رقبة الأراضي الأميرية مطلقًا؛ وذلك لأن للإمام ولاية عامة، وله أن يتصرف في مصالح المسلمين والاعتياض عن المشترك العام جائز من الإمام؛ ولهذا لو باع شيئًا من بيت المال صح بيعه؛ فقوله: شيئًا نكرة في سياق الشرط يعم العقار وغيره لحاجة وغيرها. فإذا باعها الإمام لا يجب على المشتري خراج سواء وقفها أو أبقاها؛ لأن الخراج قد سقط عنها لعدم المحل كما ذكرنا[2].

وذهب المتأخرون إلى أنه لا يجوز للإمام أن يبيع الأراضي الأميرية إلا لضرورة. وزاد في البحر : أو رُغِب في العقار بضعف قيمته؛ لأنهم قالوا: نظره في مال المسلمين كنظره

(١) راجع : المبسوط : ٣/ ٧، مجمع الأنهر : ١/ ٦٦٥، البحر الرائق : ٥/ ١١٥، ٥/ ١١٦، رد المحتار : ٢/ ٣٢٧، درر الحكام : ١/ ٢٩٨.

(٢) راجع : البحر الرائق : ٥/ ١١٥، رد المحتار: ٤/ ١٨٢.

في مال اليتيم، فلا يجوز بيع عقاره إلا لضرورة كعدم وجود ما ينفقه سواه. وقد ذكروا سبع مسائل يجوز فيها للوصي أن يبيع عقار الصغير من أجنبي[1].

وقيد المؤلف جواز البيع بتحقق المصلحة جريًا على رأي المتأخرين وفي هذه الحالة يكون المشتري قد ملك رقبتها ومنفعتها، ولا يجْب عليه الخراج؛ لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين؛ لأنه بعد أخذ الثمن لبيت المال لا يمكن أن تكون المنفعة كلها له أو بعضها. فإذا وقفها وقفها سالمة من المؤن، فلا يجب الخراج فيها؛ ولأن المسلم لا يجوز وضع الخراج عليه ابتداءً، وإن جاز بقاء؛ ولأن الساقط لا يعود. كذا قاله ابن نجيم في التحفة المرضية.

وقال أيضًا: إنه لا يجب فيها العشر أيضًا، قال: لأني لم أر نقلًا في ذلك. قلت: وفيه نظر لما علمت أن الشرط ملك الخارج؛ لأنه يجب فيه لا في الأرض حتى وجب في الخارج من أرض الصغير والمجنون، والمكاتب، والوقف؛ ولأن سببه الأرض النامية بالخارج تحقيقًا، ولا يلزم من سقوط الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخارج، والثمن المأخوذ لبيت المال هو بدل الأرض لا بدل الخارج. على أنه قد ينازع في سقوط الخراج حيث كانت من أرض الخراج، أو سُقيت بمائه بدليل أن الغازي الذي اختط له الإمام دارًا لا شيء عليه فيها، فإذا جعلها بستانًا وسقاها بماء العشر، فعليه العشر أو بماء الخراج، فعليه الخراج كما يأتي. فإن وضع الخراج عليه ابتداءً بالتزامه جائز. ولا يلزم من سقوطه حين صارت لبيت المال لعدم من يجب عليه أن لا يجب حين وجد التزام المشتري بسقيه ما اشتراه بماء الخراج؛ لأن ذلك بسبب حادث كمن آجر داره لرجل مدة ثم انقضت المدة فإن أجرتها تسقط لعدم من تجب عليه. فإذا آجرها لآخر تجب الأجرة ثانيًا، وعلى فرض سقوط الخراج لا يسقط العشر؛ فإن الأرض المعدة للاستغلال لا تخلو من إحدى الوظيفتين لما ذكرنا من مسألة الدار. وحيث تحقق السبب والشرط مع قيام ما قدمناه من ثبوته بالكتاب والسُّنَّة والإجماع، وهو دليل الوجوب الشامل للأرض المشتراة المذكورة ومع إطلاق قول الفقهاء يجب العشر في مسقي سماء وسيح ونصفه في مسقي غرب ودالية، فلا حاجة إلى نقل في خصوص ذلك حيث تحقق ما ذكرنا فيه، بل القول بعدم الوجوب يحتاج إلى نقل صريح[2].

***

---

(١) وجاز بيعه عقار صغير من أجنبي، لا من نفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير، أو دين الميت أو وصية مرسلة لا إنفاذ لها إلا منه أو تكون غلته لا تزيد على مؤنته أو خوف خرابه أو نقصانه، أو كونه في يد متغلب. انظر: رد المحتار: ٤/ ١٨٤.

(٢) راجع: رد المحتار: ٢/ ٣٢٧، ٤/ ١٧٩.

● (مادة ٨) : العقارات الموقوفة سواء كان وقفًا أهليًّا ابتداءً أو على جهة برٍّ لا تنقطع لا تُملَك رقبتها ولا تُمَلَّك، فلا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا تورث[١]؛ بل تصرف منفعتها وغلتها إلى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة[٢] ....

---

(١) هذه المادة تطابق (المادة ٧٠) من مشروع قانون المعاملات المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) الوقف في اللغة هو: الحبس والتسبيل، وعرفه أبو حنيفة بأنه: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. المبسوط للسرخسي : ١٢/ ٢٧، وحاشية ابن عابدين : ٣/ ٤٩٥، والهداية : ٣/ ٥، والبحر الرائق : ٥/ ٢٠٩. ويقتضي هذا التعريف استمرار ملك الواقف على العين الموقوفة، وحقه في التصرف فيها تصرف الملاك، وانتهاء الوقف برجوعه فيه أو موته. ويستدل أبو حنيفة لرأيه هذا الذي كان سند خصوم الوقف في العصر الحديث بما روي عن النبي ﷺ من قوله: « لا حبس عن فرائض اللّـه »، وعرفه المالكية بأنه: « حبس العين عن التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملك كالبيع والهبة والوصية، والتبرع بمنفعتها لجهة من جهة الخير تبرعًا لازمًا على وجه التأقيت مدة معينة أو التأبيد ». الخرشي: ٧/ ٧٨، والدسوقي : ٤/ ٦٣، ومواهب الجليل : ٦/ ٨، والفروق : ٢/ ١١١. أمَّا الصاحبان من الأحناف، وهو المعمول به في المذهب الحنفي والشافعية والحنابلة في الراجح من مذهبهم، فقد عرفوا الوقف بأنه: « حبس العين عن ملك الناس وخروجها من ملك صاحبها إلى ملك اللّـه تعالى والتصدق بريعها في جهة من جهات البر ». تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر : ٦/ ٢٣٥، ومغني المحتاج : ٢/ ٣٧٦، ونهاية المحتاج : ٤/ ٢٥٩، وكشاف القناع : ٤/ ٢٦٧، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير : ٦/ ١٨٥، وفتح القدير : ٥/ ٤٠. ويتفق ما أخذت به المادة في انقطاع ملكية الناس عن العين الموقوفة وانحصار ملكية الموقوف عليهم في المنافع طبقًا لشروط الواقف مع رأي الصاحبين والمعمول به في المذهب الحنفي، وهو مذهب الشافعية، والمعمول به في المذهب الحنبلي كذلك.

وعلى الرغم من عدم النص في القانون المدني المصري الجديد على الحقوق التي يرتبها الوقف فقد تضمن تنظيم « حق الحكر » المترتب على وجود الأوقاف؛ إذ الأغلب أن يقع الحكر على أرض موقوفة. وقد جاء تنظيم ذلك في (المواد ٩٩٩ - ١٠١٤)، وقد جاء في الفقرة الأولى من (المادة ١٠١٢): أنه لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وهو ما يدل على ارتباط حق الحكر بنظام الوقف، وعلى أن مجال العمل بهذا الحق آخذ في الضيق بعد أن صدر في مصر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة (١٩٥٢م) الذي ألغى نظام الوقف على غير الخيرات، وبعد أن صدر القانون رقم ٩٢ لسنة (١٩٦٠م) بجواز إنهاء حق الحكر المترتب على الأعيان الموقوفة بقرار من وزير الأوقاف مع وجوب انتهاء جميع الأحكار خلال خمس سنوات.

أمَّا القانون المدني الأردني؛ فقد تناول مفهوم الوقف وبعض أحكامه الأساسية وحق الحكر المترتب عليه في أكثر من ثلاثين مادة. وتقترب صيغة المادة موضع التعليق من المادتين (١٢٣٣، ١٢٣٤) من هذا القانون، ونصهما على التوالي:

(م ١٢٣٣): « الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً ».

(م ١٢٣٤): (١) يكون الوقف خيريًّا إذا خصصت منافعه لجهة برٍّ ابتداءً.

(٢) ويكون ذريًّا إذا خصصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم، ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم.

(٣) ويكون مشتركًا إذا خصصت الغلة إلى الذرية، وجهة البرِّ معًا.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لهاتين المادتين وما بعدهما أن مصادر المواد المتعلقة بالوقف في هذا القانون، هي قانون العدل والإنصاف لقدري باشا، وأحكام الأوقاف للخصاف، وحاشية ابن عابدين والبدائع والمهذب، وقد اتجه العديد من القوانين العربية إلى عدم النص على الأحكام الأساسية للأوقاف اكتفاءً بالقوانين الخاصة الصادرة في هذا الموضوع، أو اتفاقًا مع الاتجاه السائد في بعض الدول العربية إلى تقليص دور الأوقاف في التنظيم الاجتماعي.

شروط الواقفين[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن رقبة العين التي لا تُمَلْك ولا تُمَلَّك، ومثَّل لها بالعقارات الموقوفة، وذلك بعد أن تكلم عن التصرف في العين مملوكة الرقبة والمنفعة ومثَّل لها بالأراضي العشرية.

وفي البداية نقول: إن الفقهاء قد اختلفوا في تصوير معنى الوقف[٢]؛ فذهب الإمام إلى أن الوقف يظل محبوسًا على ملك واقفه ومنفعته هي التي تصرف إلى الجهة الموقوف عليها[٣] وهذا ما لم يضفه - أي المالك - إلى بعد الموت أو لم يكن بقضاء الحاكم وعليه يكون للواقف بيع الموقوف وهبته، وإذا مات يصير ميراثًا لورثته. أما إذا اتصل به قضاء الحاكم[٤] بأن حكم بخروجه عن ملكه - لأنه قضاء في مجتهد فيه - أو أضافه إلى بعد الموت[٥]، بأن قال: إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفًا على كذا أو قال: هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي فلا خلاف في حق زوال ملك الرقبة. وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الوقف لا يزيل ملكه - أي ملك الواقف - إنما يحبس العين عن الدخول في ملك غيره، وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته؛ لأن الوارث يخلف الموروث في ملكه؛ فالوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث[٦].

وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطًا أو خانًا للمجتازين، أو سقاية للمسلمين، أو جعل أرضه مقبرة، لا تزول رقبة هذه الأشياء عن ملكه عند أبي حنيفة بدون إضافة إلى ما بعد الموت أو حكم حاكم. وعندهما يزول بدون ذلك، لكن عند أبي يوسف بمجرد القول، وعند محمد بواسطة التسليم؛ وذلك بأن يجعل للوقف وليًّا ويسلمه إليه بعد ذلك القول، وذلك بسكنى

---

(١) راجع: الأشباه والنظائر: ص ٣٢١، مطالب أولي النهى: ٤/ ٣٧٢.

(٢) وللمؤلف - رحمه اللّه- في الوقف كتاب بعنوان: قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، طبع ببولاق سنة (١٨٩٤م)، وترجمه أيضًا كجيل باشا سنة (١٨٩٦م) بناء على طلب نظارة المعارف العمومية وتصديق ناظر الحقانية، وقام مركز الدراسات الفقهية بتحقيقه، وطبع بدار السلام، راجع مقدمته.

(٣) وعلى هذا يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة، ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له؛ لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه، كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف إلَّا مشيئة التصدق بمنفعته، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتًا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئًا. راجع: فتح القدير: ٦/ ٢٠٠.

(٤) والمراد بالحاكم المولى، فأما المحكَّم ففيه اختلاف المشايخ. راجع: العناية: ٦/ ٢٠٠.

(٥) والصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدًا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدًا فيلزم. مرجع سابق.

(٦) راجع: المبسوط: ١٢/ ٢٨، بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٩، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢٥، العناية: ٦/ ٢٠٠، الجوهرة: ١/ ٣٣٤، درر الحكام: ٢/ ١٣٣، البحر الرائق: ٥/ ٢٠١، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣١، رد المحتار: ٤/ ٣٣٨.

المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة، وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجدًا يجوز، وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وإفرازه والإذن للناس بالصلاة فيه، والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد، حتى كان له أن يرجع قبل ذلك، وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله: جعلته مسجدًا، وليس له أن يرجع عنه[1].

وعلى هذا؛ فحكم الوقف أنه يزيل الموقوف عن ملك الواقف. وعند الإمام بشرط قضاء القاضي أو إضافته إلى ما بعد الموت. وعندهما بدون ذلك ولا يدخل في ملك الموقوف عليه، لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه؛ لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالفرع، والحبس لا يوجب ملك المحبوس؛ كالرهن ولا يجوز أن يصرفه الحاكم إلى مستحقي الوقف وإن انهدم؛ لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين، بل هي حق اللَّه تعالى على الخلوص[2].

وخروج الوقف من ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه، هو مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد؛ أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلًا للملك إلا أنه لا يباع ولا يتملك. والمختار الأول؛ لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف؛ لأنه لا ملك له فيه؛ لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا. كما أنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه.

وذهب مالك إلى أنه حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه، لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب. وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد. وخروج الوقف لا إلى مالك له نظير في الشرع كالمسجد، فيخرج لا إلى مالك. وأما ثبوت ملكه مع المنع من البيع والهبة والميراث له أيضًا نظير في الشرع؛ كأم الولد يكون الملك فيها باقيًا ولكنهما لا تباع ولا توهب ولا تورث[3].

وعلى هذا فما ذكره المؤلف من أن العقارات الموقوفة سواء كان وقفًا أهليًّا ابتداءً أو على جهة بِرٍّ لا تنقطع. والخلاف في وقفه على جهة لا تنقطع أبدًا فشرطه الإمام ومحمد، فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما، وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح، وإن سمى جهة

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٩، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢٩، العناية: ٦/ ٢٣٨، الجوهرة: ١/ ٣٣٨، فتح القدير: ٦/ ٢٣٨، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣٤، رد المحتار: ٤/ ٣٥٦.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢١.

(٣) راجع: فتح القدير: ٦/ ٢١٠، ٦/ ٢٠٠، بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢١، الجوهرة: ١/ ٣٣٤.

تنقطع، ويكون بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لا تُمْلَك رقبتها ولا تملَّك؛ أي لا تكون مملوكة الرقبة لصاحبه ولا تقبل رقبتها التمليك لغيره بالبيع ونحوه؛ لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه. فالوقف معناه انعدام التمليك في عينه، فلا تباع[1] ولا توهب ولا ترهن ولا تورث، لاقتضائها الملك، ويستثنى من عدم تمليكه ما لو اشترط الواقف استبداله، وعلى بيع الوقف إذا افتقر الواقف، ولم يكن مسجلًا، ويستثنى من عدم الإعارة ما لو كان دارًا موقوفة للسكنى؛ لأن من له السكنى له الإعارة كما صرح به في البحر وغيره، بخلاف الموقوف للاستغلال. قال في الإسعاف: ومن وقف دوره للاستغلال ليس له أن يسكنها أحد بلا أجر. ولا يرهن؛ لأنه في رهن الوقف لا في الرهن به، بل هو تفريع على قوله: ولا يملك فافهم، ووجهه أن الرهن حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه؛ كالدين والأعيان المضمونة بالمثل والقيمة، حتى لو هلك الرهن صار المرتهن مستوفيًا حقه لو مساويًا للرهن، ولا يخفى أن الاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تمليكه. والوقف لا يمكن تمليكه فلا يصح الرهن به؛ ولأنه أمانة عند المستعير وهو غير مضمون[2].

فالعقارات الموقوفة تصرف منفعتها وغلتها إلى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة شروط الواقفين؛ لأنها كالنص في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به، وذلك ترغيبًا للناس في الوقف، فيجب اتباعه. وفي الخيرية قد صرحوا بأن الاعتبار في الشروط لما هو الواقع لا لما كتب في مكتوب الوقف، فلو أقيمت بينة لما لم يوجد في كتاب الوقف عمل بها بلا ريب؛ لأن المكتوب خط مجرد ولا عبرة به لخروجه عن الحجج الشرعية[3].

وهذه المادة تتفق مع المادة (٧٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ والتي تتضمن: (أن أموال الأوقاف الخيرية، لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوى. ولا يجوز التعدي عليها، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير حق إزالتها إداريًا)[4].

***

---

(١) وظاهر قولهم: أن الوقف لا يُمَلَّك ولا يباع؛ يقتضي أن الوقفية لا تبطل بالخراب ولا تعود إلى ملك الواقف وورثته وأنه لا يجوز الاستبدال.

(٢) راجع: درر الحكام: ٢/ ١٣٨، البحر الرائق: ٥/ ٢٢٣، رد المحتار: ٤/ ٣٥٢.

(٣) راجع: رد المحتار: ٤/ ٤٣٣، البحر الرائق: ٥/ ٢٦٦، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣٦.

(٤) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٧٠).

❁ **(مادة ٩) : الاستحكامات والمرافئ[١] وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور لا تُملك لأحد[٢].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الاستحكامات وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور، وأنها لا تملك لأحد؛ أي أن رقبتها لا تملك لأحد، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن رقبة العقارات الموقوفة التي خرجت من ملك واقفها ولم تدخل في ملك غيره.

فالاستحكامات؛ كالعقارات الموقوفة لا تقبل الدخول في ملك أحد، بل هي في مصلحة المسلمين العامة، وليس للإمام أن يقطع أحدًا ما لا غنى للمسلمين عنه. وليست الاستحكامات فحسب هي ما لا يقبل التمليك، بل ما كان خارجًا عن البلدة من مرافقها محتطبًا لأهلها ومرعى لهم لا يملك الإمام إقطاعها، وكذلك أرض الملح والكحل والقار والنفط ونحوه من المعادن الظاهرة[٣] والآبار التي يستقي منها الناس؛ يعني التي لم تملك بالاستنباط والسعي، لا يملك الإمام أيضًا إقطاعها ولو أقطعها الإمام لم يكن لإقطاعها حكم بل المقطع وغيره سواء، فلو منعهم المقطع كان بمنعه متعديًا وكان لما أخذه مالكًا؛ لأنه متعد بالمنع لا بالأخذ وكف عن المنع وصرف عن مداومة العمل لئلَّا يشتبه إقطاعه بالصحة أو يصير معه في حكم الأملاك المستقرة[٤].

---

(١) رفأ السفينة يرفؤها رفأ: أدناها من الشط. وأرفأتها إذا قربتها إلى الجد، من الأرض. وفي الصحاح: أرفأتها إرفاءً: قربتها من الشط؛ وهو المرفأ. ومرفأ السفينة: حيث تقرب من الشط. انظر: لسان العرب مادة: (رفأ).

(٢) تتضمن هذه المادة حكم الممتلكات العامة التي لا تملك ملكًا خاصًّا؛ وذلك كالقلاع والحصون والمباني الحكومية والشركات العامة التي تمتلكها الدولة، والمستشفيات العامة، ومرافق المياه والكهرباء والمدارس، والجامعات المملوكة ملكًا عامًّا. وبهذا فإن الملك العام هو ما كان ثابتًا للأمة في مجموعها، أو كان لهيئة من هيئات الأمة أو مؤسساتها العامة؛ ومنه كذلك الطرق العامة والجسور، فهذه كلها لا تمليك فيها، وتدخل فيما يسميه الفقهاء بالمباحات التي تنقسم إلى قسمين كبيرين؛ أولهما: ما يقبل الدخول في الملك الخاص مما أبيح إحراز عينه وتملكه، كالصيد والكلأ. والآخر: ما لا يقبل الملكية الخاصة لا لأنه بطبيعته لا يقبلها؛ وإنما لأن الشارع أوجب تركه على ملك الجماعة؛ لتعلق مصلحتهم بالانتفاع بها، ومناقضة تملكها ملكًا خاصًّا لمثل هذا الانتفاع. ويصح بمقتضى دلائل النصوص الفقهية فيما استظهره المرحوم مصطفى الزرقا أن يقال: « القاعدة هي أن جميع الأشياء قابلة في الأصل للملك الفردي، إلا ما خرج فيها عن إمكان الحيازة بطبيعته؛ كالهواء والبحار أو بحكم الشرع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومراع ونحوها »، المدخل الفقهي العام: ٣/ ٢٢٢، ويقابل الملك العام الملك الخاص الذي يعرف بأنه: ما كان لشخص طبيعيٍّ أو معنويٍّ، أو أكثر من شخص، ومن الاستئثار بمنافع الشي المملوك والتصرف فيه. وأهم ثمرات التفريق بين الملك العام والخاص؛ أن الملك العام لا يملكه أحد، ولا يتصرف فيه الإمام، التصرفات الناقلة للملك إلا إذا انتهى تعلق مصلحة الجماعة به؛ فالطريق العام إذا تحول الناس عنه إلى طريق آخر، ولم يعودوا يسلكونه يصح للإمام بيعه للأفراد كي يتملكه من يشتريه.

(٣) لأن المعادن الباطنة ملك لمن استخرجها.

(٤) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ١٩٥، الجوهرة: ١/ ٣٦٤، رد المحتار: ٦/ ٤٣٤.

وعليه ما كان في مصلحة المسلمين العامة من الطرق العامة والجسور (النافذة)، والأنهار والآبار - التي يستقي منها الناس؛ يعني التي لم تملك بالاستنباط والسعي - ومرافق البلاد العامة غير قابلة للتمليك فلا يملكها أحد ولو أقطعها له الإمام؛ لأنه لا يحق له أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه[١].

***

● (مادة ١٠) : القناطر والطرق النافذة والشوارع العامة التي ليست بملك لمعين لا يجوز لأحد أن يختص بها، ولا أن يمنع غيره من الانتفاع بها، بل تبقى[٢] لمنفعة العامة[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الملكية العامة؛ كالقناطر والطرق النافذة، والشوارع العامة التي ليست بملك لأحد، وأنه لا يجوز لأحد أن يختص بها، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة الملكيات العامة الخاصة بحفظ الحدود والثغور. وهنا ذكر أن الملكية العامة تكون منافعها عامة، ولكن لا يختص بها أحد ولا يمنع منها غيره؛ لأنها مملوكة للمسلمين عامة؛ فالأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه. وكذلك من أراد الجلوس في طريق العامة، فإن كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك، وإن كان يضر بهم يمنع من ذلك، ولكل واحد منعه من ذلك، الإمام وغيره في ذلك سواء. وكذلك القعود والغرس في الطريق لبيع وشراء يجوز إن لم يضر بأحد وإلَّا لا.

لو حفر بئرًا في طريق أو وضع حجرًا أو ترابًا أو طينًا فتلف به إنسان يضمن ما تلف؛ لأنه سببه وكذلك إن تلفت به بهيمة ضمن في ماله إن لم يأذن به الإمام، فإن أذن الإمام في ذلك أو مات واقع في بئر طريق جوعًا أو عطشًا أو غمًّا لا ضمان، به يفتى، خلاصةً، خلافًا لمحمد، حيث أوجب الضمان في الكل ووافق أبو يوسف الإمام في الجوع لا الغم[٤].

---

(١) راجع : حاشية الدسوقي : ٣/ ٣٦٩، أسنى المطالب : ٤/ ٧٢، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٣٦٩.

(٢) لا تدخل الأشياء المملوكة ملكية عامة في ملك أحد؛ لأنها لمنفعة الجميع؛ ولذا يمنع كل تصرف يؤدي إلى الإضرار بالمنتفعين بهذه الأشياء، وقد جاء في (المادة ١٢١) من مجلة الأحكام العدلية تفريعًا على ذلك أنه:

« إذا أراد أحد وضع الطين في الطريق لأجل تعمير داره، فله وضعه في طرف منه وصرفه سريعًا إلى بنائه، بشرط عدم الضرر للمارين ». « وترفع الأشياء المضرة بالمارين ضررًا فاحشًا ولو قديمًا؛ كالغرفة والبروز على الطريق العام الدانيين الواطيين » طبقًا لما جاء في (المادة ١٢١٤) من مجلة الأحكام العدلية. وفي تنوير الأبصار : أن القعود في الطريق العام لبيع وشراء يجوز إن لم يضر بأحد.

(٣) منح الجليل : ٦/ ٣٢٩، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٦/ ٢١٧، مطالب أولي النهى : ٤/ ٨٣.

(٤) راجع : تبيين الحقائق : ٦/ ١٤٥، درر الحكام : ٢/ ١١٢، البحر الرائق : ٨/ ٤٠٧ رد المحتار : ٦/ ٦٠٣، المبسوط : ٢٣/ ١٧٥.

كمن حمل على رأسه أو ظهره شيئًا في الطريق فسقط منه على آخر أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة في مسجد غيره؛ أي جعل فيه حصى، أو بواري، أو جلس فيه لا للصلاة ولو لقرآن أو تعليم فعطب به أحد كأعمى ضمن خلافًا لهما، ولا يضمن من سقط منه رداء لبسه أو أدخل هذه الأشياء المذكورات في مسجد حيه؛ أي محلته؛ لأن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم، ففعل الغير مباح فيتقيد بالسلامة أو جلس فيه للصلاة . الحاصل أن الجالس للصلاة في مسجد حيه أو غيره لا يضمن، ولغير الصلاة يضمن مطلقًا خلافًا لهما(١).

للجالس في الطريق العام للمعاملة تظليل موضع جلوسه بما لا ثبات له من حصير، أو عباءة، أو ثوب، لجريان العادة بذلك، وليس لغيره أن يزاحمه في محل جلوسه بحيث يضره، ويضيق عليه عند الكيل والوزن والأخذ والعطاء؛ ولا أن يزاحمه في موضع أمتعته وموقف معامليه، وله أن يمنع الوقوف بقربه إن كان الوقوف يمنع رؤية بضاعته، أو وصول القاصدين إليه؛ لأن ذلك كله من تمام الانتفاع بموضع اختصاصه، وليس له المنع من الجلوس بقربه لبيع مثل بضاعته، إن لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة. ومن سبق إلى الجلوس في موضع من الطريق النافذ للمعاملة، فهو أحق به من غيره، كما سبق، وإن سبق اثنان، وتنازعا فيه ولم يسعهما معًا أقرع بينهما، لانتفاء المرجح(٢).

وللإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع من الإقطاع إنسانًا من طريق الجادة؛ وهي الشارع إن لم يضر ذلك بالمارة، لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه نظر بهم، وكان له ذلك من غير أن يلحق ضررًا بأحد. ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك، والإمام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة؛ لأنه نائبه فيملك ما يملكه(٣).

---

(١) راجع: رد المحتار: ٦/ ٥٩٧.

(٢) راجع: الموسوعة الفقهية: ٢٨/ ٣٤٩.

(٣) راجع: مجمع الأنهر: ٢/ ٧٤٣.



الباب الثاني
في الملكية

(مادة ١١) : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينًا ومنفعة واستغلالًا؛ فينتفع بالعين المملوكة وبغلّتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات[١] الجائزة[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الملك التام، وذلك في مقدمة حديثه عن الملكية. وقبل أن نتكلم عن الملك التام لا بد أولًا أن نعرف الملك. قال في المغرب[٣]: « مَلَكَ الشيء ملكًا وهو ملكه، وهي أملاكه، قال: لأن يد المالك قوية في المملوك، وأملكته الشيء وملكته إياه بمعنى. ومنه مَلَكَتْ المرأة أمرها إذا جعل أمر طلاقها في يدها، وأُمْلِكَتْ، والتشديد أكثر،

---

(١) هذه المادة تطابق ما ورد في (المادتين ٨٠٥، ٨٠٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) ذكر المرحوم « علي الخفيف » في تعقيبه على هذه المادة اقتصار قدري باشا على بيان الملكية التي تتعلق بالعين ومنفعتها، وعبر عنها بالملك التام، وذكر أنه يخول صاحبه الانتفاع والاستغلال والتصرف الجائز، ومؤدى ذلك أن لصاحبه هذه المكنات ما دام لم يمنع منها مانع، الملكية في الشريعة الإسلامية: ص ٣١، ويعني الانتفاع الذي يخوله حق الملكية استعمال الشيء في كل ما أعد له، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه، سواء كان هذا الاستعمال شخصيًا، كسكنى الدار، وركوب السيارة، وأكل الطعام، أو غير شخصي. ويخول الملك التام حق صاحبه في استغلاله، سواء كان الاستغلال مباشرًا أو غير مباشر. والاستغلال المباشر؛ وهو: قيام المالك نفسه باستثمار ملكه؛ كزراعة أرضه، وسقي أشجاره لقطف ثمارها وبيعها. أما الاستغلال غير المباشر، فكأن يؤجر أرضه لمن يزرعها. ويشمل التصرف الذي يخوله حقّ الملكية كلًا من التصرف المادي، والتصرف القانوني، ولا يبعد التصرف المادي عن استعمال الشيء، أمّا التصرف القانوني، فيختص بنقل ملكية الشيء إلى غيره بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك وليس حق المالك في التصرف فيما يملكه أو في استعماله أو استغلاله حقًّا مطلقًا، بل هو مقيد بما هو جائز شرعًا.

وعلى سبيل المقارنة، فقد جاء في (المادة ٨٠٢) مدني مصري ما يقابل المادة المذكورة، ونص (المادة ٨٠٢) هذه أن: « لمالك الشيء وحْدَه في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ». وقد فصلت (المادة ١٠١٨) مدني أردني بعض الشيء ما أجملته المادة المذكورة من المدني المصري، ونصها:

« ١- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفًا مطلقًا عينًا ومنفعةً واستغلالًا.

٢- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعًا ».

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في (المادة ٩٦) و (المادة ١١٩٢) من المجلة العدلية، ومع ما نص عليه الكمال بن الهمام في فتح القدير : ٥/ ٤٥٦، مما يمكن أن يعد تعريفًا لحق الملكية.

(٣) المغرب : ص ٤٤٧ .

وأَمْلَكَه خطيبةً زوَّجه إياها، وشهدنا في إملاك فلان وملاكه؛ أي في نكاحه وتزويجه ».

وعند الفقهاء الملك : القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع؛ وخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والمتولي وبقولنا : إلا لمانع كالمحجور عليه فإنه مالك ولا قدرة له على التصرف، والمبيع المنقول مملوك للمشتري ولا قدرة له على بيعه قبل قبضه.

وهو ما ملكه من أعيان ومنافع بخلاف المال فلا تعتبر المنافع أموالًا إلَّا بالعقد عند الأحناف؛ فالملك أعمُّ من المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره، يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المنفعة؛ والمال لا يطلق على ما ليس بمال.

والملك قد يكون للعين والمنفعة وهو ما يسمى بالملك التام، وقد يكون بالعين فقط دون المنفعة كالمؤجر بالنسبة للعين المؤجرة، وقد يكون بالمنفعة فقط دون العين كالمستأجر للعين المؤجرة، وملكية المنعة بلا عين وعين بلا منفعة ملكية ناقصة.

والملك التام: هو ما اجتمع فيه ملك الرقبة وملك اليد، وهو التصرف في عينه بالعقود التي يجريها عليها ومنفعته وما يصرفها فيه؛ لأن الإنسان قد يملك الرقبة، ولكنه لا يملك التصرف فيها، وذلك لتعلقها بحق لغيره كأن تكون العين مرهونة؛ فللمرتهن أن يمنعه من التصرف فيها إلا بإذنه؛ لأن له حق حبسها على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك، غير أنه - أي الرهن - لا يزيل ملك رقبتها. وعليه فليس للراهن أنْ ينتفع بالمرهون استخدامًا وركوبًا ولبسًا وسكنى وغير ذلك.

وكذلك يمنع مالك الرقبة من التصرف فيها إذا كانت منفعتها ليست ملكًا له بأن كانت مملوكة - أي المنفعة - لغيره بعقد إجارة، فإذا كانت مؤجرة لغيره تكون منفعتها ليست ملكًا له، بل هي ملك للمستأجر، فليس له أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها مثلًا، أو كانت منفعتها موقوفة على غيره، أو أوصى بها لغيره أو ملك رقبتها بالوصية وملك غيره منفعتها بالوصية أيضًا. والملك الناقص ما ملكت فيه المنفعة دون العين أو العين دون المنفعة.

والأعيان قد تملك بعوض كالبيع ونحوه و قد تملك بغير عوض كالهبة بلا عوض والإرث ونحوهما، وَالمنفعة قد تملك بعوض كالإجارة وقد تملك بغير عوض كالإعارة. وملكية العين غالب ما تملك معها المنفعة، بخلاف المنفعة فلا تملك معها العين مطلقًا، وإن كان قبضها - أي المنفعة - لا يكون إلا بتسليم العين. كما أن ملكية العين لا بد أن تكون على وجه التأبيد، فالتأقيت يبطلها، بخلاف ملكية المنفعة فلا بد أن تكون مؤقتة. ومالك العين واليد له مطلق التصرف في ملك نفسه مقبول البيان فيه في الانتهاء كما في الابتداء. وكذلك له أن

ينشئ جميع التصرفات الشرعية من استغلال منفعتها كيفما شاء، ويتصرف في عينها كما يريد من عقود بيع وهبة وإجارة وإعارة ورهن ووقف وهدم وبناء ونحوها من التصرفات الجائزة لمالك المنفعة سواء كانت بعوض أو بغيره - فهو مقيد بالشروط التي شرطها عليه مالكها.

وعلى الوجه الذي يعينه صفةً ومكانًا وزمانًا وعليه ألا يتعداها، فإن تعداها يضمن. وكما أنها تبطل بموت أحد العاقدين - المنافع لا تحتمل الإرث - بخلاف مالك العين فلا أثر لموت أحدهما على العقد، وهي محل الإرث، وكذلك ليس كل ما يجوز بيع منفعته يجوز بيعه بخلاف العكس، فالحرُّ تجوز إجارته على العمل، ولكن لا يجوز بيعه؛ لأنه ليس بمال.

وولاية التصرف للمالك في ملكه باختياره، و ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق. وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلَّا لضرورة. وكذلك حكم الحق الثابت في المحل.

إذا عرف هذا؛ فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفًا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى؛ فله أن يبني في ملكه مرحاضًا أو حمامًا أو رحى أو تنورًا، وله أن يقعد في بنائه حدادًا أو قصارًا، وله أن يحفر في ملكه بئرًا أو بالوعةً أو ديماسًا، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره. وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه؛ لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل، والمنع منه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع. إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب للحديث، قال عليه الصلاة والسلام: «المؤمن من أمن جاره بوائقه»، ولو فعل شيئًا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير. وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛ لأنه ملكه. والإنسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه. ولكن يقال لصاحب العلو إن شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك، ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيًّا؛ لأن البناء وإن كان تصرفًا في ملك الغير لكن فيه ضرورة؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه إلَّا بالتصرف في ملك غيره، فصار مطلقًا له شرعًا. وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيًّا؛ لأن البناء ملكه لحصوله بإذن الشرع وإطلاقه، فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه إلا ببدل يعدله وهو القيمة. وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي: أن في ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه. وكذا ذكر الخصاف: أنه يرجع بما أنفق؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه، بل فيه نفع صار مأذونًا بالإنفاق من قبله دلالة،

فكان له حق الرجوع بما أنفق. وهذا بخلاف البئر المشترك، والدولاب المشترك، والحمام المشترك ونحو ذلك إذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة؛ لأن هناك ضرورة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة؛ لأنه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك، وفيه ضرر بهما، فكان الذي أبى العمارة متعنتًا محضًا في الامتناع، فيدفع تعنته بالجبر على العمارة. هذا إذا انهدما بأنفسهما فأما إذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبّر على إعادته؛ لأنه أتلف حق صاحب العلو بإتلاف محله، ويمكن جبره بالإعادة فتجب عليه إعادته.

وكذلك لو أحرق حشيشًا في أرضه أو حصائد أو أجمة فخرجت النار إلى أرض غيره، وأحرقت شيئًا فلا ضمان عليه؛ لأن هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقًا. قال بعض المتأخرين: هذا إذا كانت الرياح ساكنة حين أوقد النار. فأما إذا كان اليوم ريحًا على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى أرض جاره، فهو ضامن استحسانًا، بمنزلة من صبَّ الماء في ميزاب له وتحت الميزاب متاع لإنسان يفسد به قال: هو ضامن، فكذلك النار يوقدها الرجل في داره أو تنوره فلا ضمان عليه فيما احترق؛ لأن هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقًا.

وعلى هذا فيتضح أن في المسألة قولين: **الأول** : ظاهر الرواية، وفيها عدم منع المالك من التصرف في ملكه سواء ألحق تصرفه هذا بغيره ضررًا أو لم يلحق حتى لو كان الضرر ضررًا فاحشًا بغيره؛ لأن ذلك الإنسان إنما يتصرف في ملكه الخاص. والرواية الظاهرة هي على الوجه المذكور، وقد رجح هذا الرأي بعضُ العلماء كابن الشحنة وابن الهمام.

والقول الثاني: هو منعه إذا كان الضرر ضررًا فاحشًا بينًا وعليه الفتوى وهو اختيار المتأخرون من الحنفية. والأول قياسًا، والثاني استحسانًا. والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقًا؛ لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررًا فاحشًا، وهو المراد بالبيِّن، وهو ما يكون سببًا للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية. واختاروا الفتوى عليه. فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريبًا. اهـ.

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا، والآخر بكونه أصل المذهب[1].

---

(١) اختارت مجلة الأحكام العدلية القول بالمنع؛ حيث نصت المادة رقم: (١١٩٧) : (لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير).

وهذا القول هو قول الإمام أبي يوسف وقد اختاره مشايخ بلخ، وبما أن مشايخ الإسلام في الدولة العثمانية من عهد=

وتتفق هذه المادة مع المادة رقم: (٨٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها: (الملكية حق يخول مالك الشيء وحده، في حدود القانون، سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، على أن يكون ذلك متفقًا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية)[1].

وتتفق أيضًا مع المادة رقم: (٨٠٧) من المشروع المذكور، ونصها: (لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك)[2].

***

● (مادة ١٢) : إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفًا لا يضر بالشريك[3]، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث

= شيخ الإسلام أبي السعود العمادي إلى الآن قد أفتوا بمذهب الإمام أبي يوسف، فقد اختارت المجلة هذا القول . شرح علي حيدر، درر الحكام : ٣/ ٢١٢.

(١) هذه المادة تتفق مع (المادة ٨٠٢) من مشروع القانون المدني المصري، طبقًا للشريعة؛ ونصها: « لمالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ».

وقد صيغت المادة المذكورة على نحو يتضمن تعريفًا لحق الملكية. وأضيف فيها ما يفيد أن ممارسة المالك لسلطاته، وهي عناصر حق الملكية، يجب أن تكون متفقة مع ما لهذا الحق من وظيفة اجتماعية؛ إذ إن هذا المعنى ملحوظ في ظل النص الحالي. فقد كانت: (المادة ١١٦٢) من مشروع القانون المدني المصري، بحسب ما انتهت إليه في لجنة المراجعة، تنص على أن: «المالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، على أن يكون ذلك متفقًا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية »، ثم حذفت العبارة الأخيرة من هذا النص؛ لأنها « أشكل بالإيضاحات الفقهية وفي التطبيقات التي أوردها المشروع في النصوص التالية ما يغني عنها ». مجموعة الأعمال التحضيرية : ٦/ ١٥، ١٦.

وقد نصَّ الدستور الصادر في (١١ سبتمبر سنة ١٩٧٢م) في (المادة ٣٢) منه على ما يأتي: « تتمثل الملكية في رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خطة التنمية، دون انحراف أو استغلال. ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب ».

ويتفق ذلك مع (المادة ١٠٤٨) من التقنين العراقي، و (المادة ١٠١٨) من التقنين الأردني، و (المادة ٨١٠) من التقنين الكويتي.

قال صاحب فتح القدير : ٥/ ٤٥٦ : أن الملك قدرة يثبتها الشرع ابتداءً على التصرف.

(٢) هذه المادة تطابق (المادة ٨٠٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية لمجلس الشعب المصري سنة (١٩٨٠م) مع استبدال عبارة : « تصرف قانوني » بكلمة « اتفاق »؛ لأن التصرف القانوني أعم من الاتفاق في الدلالة.

وتتفق مع (المادة ١٠٤٨) من التقنين العراقي، وتتفق مع (المادة : ١٠١٨/ ٢) من التقنين الأردني، وتتفق مع (المادة ٨١١) من التقنين الكويتي.

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية : ص ٣٢٠.

(٣) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادتين : (٨٢٧، ٨٣٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك[١].

ذكر المؤلف في هذه المادة العين مشتركة الملك؛ وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن العين التي لا يشاركه فيها أحد وملكيتها كاملة له وحده ملكية تامة، والأصل أن الإنسان حر في تصرفاته إذا كانت في ملكه سواء كان منفردًا أو مشتركًا مع غيره إذا لم يعتد على أملاك غيره.

وأمَّا في العينْ المشتركة فتصرفه فيها يختلف؛ لأنها ملكيته لها ملكية ناقصة فمثلًا في ملكه التام له أن يفعل ما يشاء - على الخلاف - سواء كان فعله هذا على الوجه الموضوع له أم لا. وأمَّا التصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له فلا يملك إلا بإذن الكل، أضر بهم أو لم يضر؛ لأنه تصرف في الملك المشترك، وأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في الملك المشترك، وإنما ينفرد بالتصرف في نصيبه خاصة. وهذه التصرفات لم تكن في نصيبه خاصة، وإنما يكون له حق الانتفاع بالملك المشترك ولا يكون له حق الإضرار بشريكه، وذلك لا يكون إلا بالوجه الذي وضع له.

فإذا كان سفل الحائط لرجل وعلوه لآخر، فأراد صاحب السفل أن يهدم السفل فليس له ذلك؛ لأن السفل فيه حق لصاحب العلو من حيث قرار بنائه عليه، فلا يكون له أن يبطل حق الغير عن ملك نفسه. وكذلك عند أبي حنيفة ليس له أن يفتح فيه بابًا، ولا كوة، ولا يدخل فيه جذعًا لم يكن قبل ذلك إلا برضاء صاحب العلو. وعلى قول أبي يوسف ومحمد له أن

---

(١) ملكية العين المشتركة بين اثنين أو أكثر بإرث أو غيره ملكية شائعة غير متميزة؛ وإنما كانت هذه الملكية شائعة وغير متميزة؛ لأن كل مالك له حصة شائعة غير محددة وغير متميزة كشقة وسيارة آلتا إلى الورثة، أو قطعة أرض اشتراها أكثر من شخص لإقامة مشروع عليها، وقد أوجزت هذه المادة أحكام الملك الشائع مما هو مفصل في المواد: (٧٣٢ - ٧٥٥) من المرشد. وضابط هذه الأحكام المفصلة فيها بعد أن حق كل شريك في الانتفاع بملكه مقيد بعدم الإضرار بشريكه أو شركائه. وفي حاشية ابن عابدين أن: « لكل واحد من الشركاء أن يسكن في بعض الدار بقدر حصته »، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٣٤٤، أمَّا بيع الشريك حصته لغير شريكه، فيجوز إذا كانت حصته شائعة؛ حيث إن كل جزء في المال المشترك يكون مشتركًا، ويجوز بيع النصيب الشائع؛ لأنه لا مانع من تسليمه للمشتري؛ لأن الإقرار ليس من شروط التسليم، لكن لو سلم البائع العين المشتركة للمشتري دون إذن الشريك كان غاصبًا وكان المشتري غاصبًا ويضمنان لتعديهما. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٣٤٦، وفتح القدير: ٧/ ١٢٣، ومغني المحتاج: ٢/ ١٣، ١٨٩، والخرشي: ٤/ ٢٧٨، والمغني: ٥/ ٣٦، والمواد: (١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١) من المجلة العدلية. ولا تبعد (المادة ١٠٢١) من القانون المدني الأردني عن صياغة المادة المذكورة في بيان حق الشريك في التصرف في حقه الشائع، ونصها:

١ - « لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء، دون إذن من باقي شركائه، بشرط ألا يلحق ضررًا بحقوق سائر الشركاء ».

وهي تقابل المواد: (٧٨١) سوري و (٨٢٦) مصري. والمادة (٨١٩/ ١) من التقنين الكويتي. وتقابل المادة (٢/ ١٠٦١، ٣/ ١٠٦٢) من التقنين العراقي.

يفتح ذلك إذا كان لا يضر بصاحب العلِو، فإن كان شيء من ذلك يضر به لم يكن له أن يفعله، وليس له كذلك أن يحفر في سفله بئرًا، وكذلك لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع عليه جذوعًا أو يشرع فيه كنيفًا لم يكن له ذلك في قول أبي حنيفة - رحمه اللَّه - أضر بالسفل أو لم يضر. وعندهما إن أضر بالسفل منع من ذلك ولو لم يضر بالسفل لم يمنع.

حجتهما أن كل واحد منهما إنما يتصرف في خالص حقه فلا يمنع من ذلك إلا أن يلحق الضرر بمن له فيه حق؛ كالموصى له بالخدمة على الموصي له بالرقبة فإنه لا يمنع الموصى له بالرقبة من التصرف في ملكه إلا ما يضر بالموصى له بالخدمة. وأبو حنيفة يقول لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفل. وإذا أراد أن يزيد على ذلك منع منه كما لو استأجر دابة ليحمل عليها حملًا معلومًا فليس له أن يحمل أكثر من ذلك، وإن لم يضر بالدابة. وكذلك صاحب العلو له حق في بناء السفل من حيث قرار علوه عليه وفتح الباب، والكوة يوهن البناء، وكذلك حفر البئر في ساحة السفل يوهن البناء، فلا يكون له أن يفعل ذلك إلَّا برضا صاحب العلو.

ألا ترى أن كل واحد منهما يمنع من التصرف الذي يضر بصاحبه؛ فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصًا لم يمنع أحدهما من التصرف، وإن أدى إلى الإضرار بصاحبه كالجارين، أمَّا تصرفاته على الوجه الذي وضع له في حصته المعلومة وانتفاعه بها بشرط عدم الإضرار بالشريك لا شيء فيه؛ لأنه تصرف في خالص ملكه وضعًا ورفعًا كما أن له بيعها وهبتها بعد القسمة[1] بغير إذن شريكه؛ لأن ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه، وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق.

فإذا كان الحائط بين رجلين نصفين، ولأحدهما عليه خشب، كان للآخر أن يضع عليه من الخشب مثل ما وضع صاحبهُ؛ لأنهما لما استويا في أصل الملك ينبغي أن يستويا في الانتفاع بالمملوك؛ فالانتفاع بالحائط من حيث وضع الخشب فللشريك أن يضع عليه من الخشب مثل ما وضع صاحبه وليس له أن يرفع شيئًا من خشب صاحبه؛ لأن فيه ضررًا بصاحبه من حيث هدم البناء عليه، وإنما له حق الانتفاع بالملك المشترى، ولا يكون له حق الإضرار بشريكه.

---

(١) لأن هبة المشاع فيما يقسم لا تجوز، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها. وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط. وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده. بدائع الصنائع: ٦/ ١٢٣.

وقيل هذا إذا كان الحائط بحيث يحتمل مثل ذلك الخشب أن لو وضعه عليه. فإن كان يعلم أنه لا يحتمل ذلك، وهما متصادقان في أن أصل الحائط بينهما نصفين، فحينئذ يكون له أن يأمر صاحبه برفع بعض الخشب حتى يضع عليه من الخشب مثل ما يبقى لصاحبه ما يحتمله الحائط؛ وهذا لأنه إن وضع الزيادة بغير إذن الشريك فهو غاصب، وإن وضعها عليه بإذنه فالشريك معير نصيبه من الحائط منه، وللمعير أن يسترد العارية.

وإن أراد أحدهما أن يزيد عليه خشبة واحدة على صاحبه أو بفتح كوة أو يتخذ عليه سترة أو يفتح فيه بابًا لم يكن له ذلك إلا بإذن صاحبه؛ لأنه تصرف في الملك المشترك. وأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في الملك المشترى، وإنما ينفرد بالتصرف في نصيبه خاصة. وهذه التصرفات لم تكن في نصيبه خاصة؛ ولأن في هذا التصرف ضررًا من حيث توهين البناء أو زيادة الحمل عليه وليس لأحد الشريكين ولاية إلحاق الضرر بشريكه؛ فلهذا كان ممنوعًا من هذه التصرفات إلا بإذن شريكه.

وإذا انهدم الحائط؛ فقال أحدهما: نبنيه كما كان، ونضع عليه جذوعنا كما كانت، وأبى الآخر لم يجبر الآخر على البناء معه؛ لأنه يحتاج في البناء إلى الإنفاق بماله، والإنسان لا يجبر على إتلاف ماله في مثل ذلك؛ فإن صاحب الشرع ﷺ ذم الإنفاق في البناء؛ فقال: «شر المال ما تنفقه في البنيان»، وقال ﷺ: «إنما يتلف المال الحرام الربا والبناء». فلهذا لا يجبر أحد الشريكين على ذلك عند طلب الآخر؛ وهذا لأنه إنما يجبر الآخر عند طلب أحدهما على قسمة المشترك، ولا شركة بينهما فيما ينفق كل واحد منهما على البناء من ملك نفسه، فإن قال الطالب: أنا أبنيه بنفقتي، وأضع عليه جذوعي كما كانت فله ذلك؛ لأنه ينفق ماله ليتوصل إلى الانتفاع بملكه، ولا ضرر على شريكه في ذلك فلا يمنع منه، وإذا منعه شريكه من ذلك يكون متعنتًا قاصدًا إلى الإضرار به فلا يمكن من ذلك. فإن فعله فأراد الآخر أن يضع عليه جذوعه، كما كانت فله ذلك بعد ما يرد عليه نصف قيمة البناء؛ لأن البناء ملك الثاني، فيكون له أن يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه نصف قيمته، فإذا ردَّ ذلك يصير متملكًا عليه نصف البناء بنصف قيمته.

وهو نظير العلو والسفل إذا انهدما فأبى صاحب السفل أن يبنيه كان لصاحب العلو أن يبني السفل ويبني فوقه بيته ثم يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله حتى يردَّ عليه قيمة البناء. وقد بينًا هذا في الدعوى إشارة هنا إلى أنه استحسان، وليس له في القياس أن يبني السفل؛ لأنه يضع البناء في ملك غيره، ولا ولاية له على الغير في وضع البناء في ملكه ولكنه

استحسن ذلك لدفع الضرر عنه فإنه لا يتوصل إلى بناء علوه والانتفاع به ما لم يبن السفل، وهذا القياس والاستحسان في الحائط المشترك أيضًا.

كما أنه ليس لبعض الشركاء أن يزيد فيما يستوفي على مقدار حقه سواء أضر ذلك بالشركاء أو لم يضر؛ فزيادة كوة في فوهة أرضه يكون ليزداد فيه دخول الماء على مقدار حقه، وأما الذي يرجع إلى النهر؛ فالأصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أو لا؛ لأن رقبة النهر مملوكة لهم، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك.

أمَّا تصرفاته على حصة شريكه؛ فالأصل أنه أجنبي عنها لا ملك له فيها ولا ولاية له عليها؛ لأن شريك الملك لا يعتبر وكيلا عن المالك في شركة الملك، بخلاف شركة العقد، فإنه يكون مستودعًا لحصة الآخر. والمسوغ للتصرف إنما هو الملك أو الولاية، ولا يملك أيًّا منهما، فإن تصرف بإذن شريكه فبها، وإلا ضمن .

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة: (٨٢٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]. والتي تنص على: (لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر صحته، مع مراعاة حقوق سائر الشركاء)[٢].

وتتفق هذه المادة أيضًا مع المادة: (٨٣٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنص على:

١- للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة.

٢- وإذا أنصب تصرف الشريك على جزء مفرز من المال الشائع، كان تصرفه موقوفًا

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٨٢٧): ص ٣٢٧.

(٢) هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من (المادة ٨٢٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أن: « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكًا تامًّا، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ». وقد أراد الشارع في هذا النص أن يبرز ما للشريك في الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة بعناصرها الثلاثة؛ وهي : الاستعمال والاستغلال والتصرف.

ولكن رؤى أن يأتي النص على حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة بين النصوص المتعلقة بالتصرف في المال الشائع بعد النصوص الخاصة بإدارة هذا المال.

ويلاحظ في المادة المقترحة أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع، وليس على الحصة الشائعة. فكل شريك له الحق في أن يستعمل الشيء الشائع ويستغله، وذلك بقدر حصته، وبشرط عدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين.

على إجازة الشركاء الآخرين. وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في طلب إبطال التصرف[1].

***

(١) هذه المادة تقابل (المادة ٨٢٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أن:

« ١- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تامًّا، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

٢- وإذا كان التصرف منصبًّا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، والمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المنصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف ».

انظر: المادة المقابلة في المشروع التمهيدي مشروع القانون المدني المصري (م ١١٩٤) ومذكرتها الإيضاحية والمراحل التي مرت بها في مجموعة الأعمال التحضيرية : ٦/ ٨٠ - ٨٢.

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع ما جاء في الفقرة الأولى من (المادة ٨٢٦) من مشروع القانون المدني المصري؛ حيث تنص هذه الأخيرة على أن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة.

وفي الفقرة الثانية من المادة المقترحة أخذ المشروع بحكم يخالف ما نصت عليه الفقرة الثانية من (المادة ٨٢٦) من مشروع القانون المدني المصري.

فإذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع؛ فإنه يكون قد تصرف فيما يملك وما لا يملك. وهذا هو الذي يتفق مع القواعد العامة في الشيوع؛ لأن حق الشريك لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه. وإنما ترد على هذا الجزء أيضًا حقوق الشركاء الآخرين. فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما لهؤلاء الشركاء من حقوق في هذا الجزء. وبذلك ينطوي تصرف الشريك على تصرف في ملك الغير؛ فيكون موقوفًا على إجازة الشركاء الآخرين، فإذا أجازوه صار نافذًا، وإذا نقضوه بطل. ويجوز للمتصرف إليه، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم. أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.

وإذا أجريت القسمة، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم، فوقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، صار التصرف نافذًا واستقر الأمر للمتصرف إليه.

أمَّا إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فإن التصرف يصير موقوفًا على إجازة الشريك الذي وقع هذا الجزء في نصيبه. ويجوز للمتصرف إليه في هذه الحالة أيضًا أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. كما يجوز له أن يطلب فسخ التصرف على أساس أن المتصرف لم يف بالتزامه. وهذه الأحكام تصدق على كل تصرف يبرمه الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، سواء كان هذا التصرف ناقلًا للملكية كالبيع والهبة أو مرتبًا لحق عيني غير الملكية كحق الانتفاع؛ وذلك فيما عدا الرهن فله حكم آخر.

والمادة المذكورة تقابل المادتين : (١٠٦١/ ٢ و ١٠٦٢/ ٢) من التقنين العراقي، وهذه الأخيرة تطابق المادة : (١١٩٤/ ٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المصريِ الحالي.

وتقابل (المادة ٨٢٩) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة : (١١٩٤/ ٢) من التقنين المدني المصري.



البَابُ الثَّالِثُ
في ملك المنفعة وحق الانتفاع

● (مادة ١٣) : الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها[١] مملوكة[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الانتفاع الجائز، وذلك بعد أن تكلم في الباب الثاني عن الملكية والتي يملكها بمفرده ملكية تامَّة كما في المادة رقم (١١) أو يشترك فيها مع غيره كما في المادة رقم (١٢)، وهنا تكلم المؤلف عن الانتفاع بهذا الملك سواء كان ملكًا تامًّا بملكية الرقبة أو ملكًا ناقصًا بعدم ملكية الرقبة.

---

(١) هذه المادة تطابق (المادة ١٠٠١) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) تستفاد ملكية المنفعة وحدها بطريق الإجارة (التي تشمل حق القرار الناشئ على عقارات الأوقاف بعقد الحكر طبقًا لما سبق توضيحه) أو الإعارة أو الوصية بالمنفعة أو الوقف. انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا : ١/ ٢٥٩.

وطبقًا لنص هذه المادة؛ فإن الانتفاع الجائز يشمل كلًّا من حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها أوهما معًا. ولا ينحصر حق الانتفاع في أحوال ملك المنفعة؛ إذ قد ينشأ الحق في الانتفاع بمجرد الإباحة والإذن في تحصيل منفعة دون قيام سبب تملكها. وهذا هو جوهر التفريق الفقهي بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، مما بينه القرافي بوضوح في الفرق الثلاثين؛ وذلك بقوله: « تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو (أي مالك هذا الحق) بنفسه، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

مثال الأول: سكنى المدارس والرباط، والمجالس في الجوامع؛ فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضة امتنع ذلك ... وأمَّا ملك المنفعة كمن استأجر دار أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه؛ فهو تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة، أو شهدت به العادة في العارية؛ فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكًا على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف في المنفعة في تلك المدة، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب ». الفروق للقرافي : ١/ ١٨٧.

وبهذا فإن حق الانتفاع حق شخصيّ لا يقبل الانتقال للغير بخلاف ملك المنفعة الذي يجوز للمالك الانتفاع بنفسه أو بغيره، بما يشمل كلًّا من حق الاستعمال والاستغلال، وهو أن يكون السبب في اعتبار السنهوري الحق في المنفعة الناشئ عن عقد الإجارة حقًّا أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصي. مصادر الحق : ١/ ٣٢.

ومع ذلك، فإن المتأمل لنشوء هذا الحق في ذمة المتعاقدين ومسؤولية كل منهما تجاه الآخر يرى غلبة الجانب الشخصي في هذا الحق.

والواضح أن حق الانتفاع الذي يعني الحق في تحصيل المنفعة والوصول إليها بأي من الأسباب المشروعة التي تشمل العقد (الإجارة والإعارة)، والوصية بالمنفعة والوقف، والإباحة الأصلية؛ كالانتفاع بالمرور في الطرق العامة والمساجد، والإذن من مالك خاص كإباحة شخص لآخر الأكل من طعام يملكه أو استعمال بعض ما يملك.

ويجدر بنا أن نشير أن الملك الناقص لا يطلق على ملكية المنفعة فقط دون الرقبة أيضًا، كما يطلق على ملكية الرقبة المباع منفعتها بعوض كالإجارة أو بغير عوض كالإعارة؛ فالمؤجر في الأولى يملك رقبة العين المؤجرة ولكنه لا يملك منفعتها، فصار ملكه ملكًا ناقصًا، وكذلك المعير في الثانية؛ لأنه يملك رقبة العين المعارة ولكنه لا يملك منفعتها - إلا إذا استردها من المستعير - فصارا أيضًا ملكه ملكًا ناقصًا. ومن صور الملك الناقص أيضًا ملكية الراهن للعين المرهونة لتعلق حق المرتهن بماليتها لا بعينها؛ فالراهن يملكها ولكنه لا يملك الانتفاع بها إلا بإذن المرتهن؛ لأن حقه في حبسها على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك. كذلك ملكية العين المشتركة ملكية ناقصة كما ذكرنا ذلك في شرح المادة رقم: (١٢) فقصر المالك الناقص على ملكية المنفعة دون الرقبة ليس بسديد، وكذلك ما نتج عنه من أن هذه المادة تتحدث عن الملك الناقص الذي يقابل الملك التام الذي تحدثت عنه المادة رقم (١١) أيضًا ليس بسديد لأسباب منها ما ذكرناه من أن الملك الناقص أعمُّ من ملك المنفعة بدون الرقبة.

ومنها أن الحديث عن الانتفاع لم يكن مقصورًا على الانتفاع بالمنفعة غير مملوكة الرقبة بل شملت ما كان رقبته مملوكة للمنتفع وما كانت غير مملوكة .

ومنها أن المؤلف لم يذكرها في الباب الخاص بالحديث عن الملكية، والذي ذكر فيه المادة التي تحدثت عن الملك التام وقد أشرت إلى أن المؤلف - رحمه اللّٰه - قد مثل للملكية الناقصة بملكية العين المشتركة لأسباب شرحتها هناك فراجعها إن شئت.

والمؤلف تكلم عن حق المنتفع بالانتفاع في استعمال العين واستغلالها إذا كانت عينها قائمة على حالها سواء كان يملك رقبتها أو لا. والأصل أن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة وعليه؛ فانتفاع صاحب الرقبة بمنفعتها واستغلالها ملك له؛ لأن له ولاية التصرف في ملكه باختياره وليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق.

وأمَّا إذا كانت الرقبة غير مملوكة له، وكان له حق الانتفاع بها واستغلالها وهي قائمة على حالها فيختلف صور انتفاعه بها باختلاف طرق ملكيته لها، فإن تملكها بعوض بعقد إجارة فإن صور انتفاعه بها يختلف عن ما إذا تملكها بغير عوض بعقد إعارة وكذلك يختلف إذا كان حقه في الانتفاع بها باعتبار كونها ملكية عامة، أو كان انتفاعه بها ناتجًا عن إباحة المالك لها؛ فمثلًا إذا تملكها - أي المنفعة - بعقد عوض كالإجارة ثبت له ملكيتها؛ لأنها عقد معاوضة، وعقد المعاوضة يقتضي ثبوت الملك في العوضين فإذا ثبت له ملكيتها كان له أن ينتفع بها كيف شاء باستغلالها أو بتمليكها غيره بعوض وبغير عوض؛ وهذا بشرطين:

الشرط الأول: أن تكون مما لا يختلف باختلاف المستعمل، ولا عبرة بقيده؛ لأنه لا يفيد، لعدم التفاوت كالدار وغيرها من العقار، فله أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى، ووضع المتاع، وأن يسكن بنفسه، وبغيره، وأن يسكن غيره بالإجارة، والإعارة.

فإن كانت تختلف باختلاف المستعمل فعليه أن يتقيد بما قيده به المؤجر ولا يتعداه فإن تعداه وأصابه شيء ضمن؛ لأنه صار غاصبًا وإذا لم يصبه شيء فلا أجرة لصاحب الرقبة لأنه - المستأجر - لم يستوف المعقود عليه.

كمن استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره، وإن فعل ضمن، وكذا إذا استأجر ثوبًا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره، وإن فعل، ضمن؛ لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في إلباسه غيره، وإن لم يصبه شيء فلا أجر له؛ لأن المعقود عليه ما يصير مستوفيًا بلبسه، فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد. ألا يرى أنه لو استأجر ثوبًا بعينه ثم غصب منه ثوبًا آخر فلبسه لم يلزمه الأجر، فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره؛ لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس، فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه، وذلك لا يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه. قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده، فإذا وضعه في بيته فيده فيه عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن، فأما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكمًا، ألا ترى أنه ضامن، وإن هلك من غير اللبس فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس، ولا يكون إلَّا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الأجرة وإن سلم.

فإن كانت تختلف باختلاف المستعمل، ولم يقيده مالك الرقبة - المؤجر - بقيد بل أطلق له الاستعمال جار له أن يستعملها كيف شاء فله أن يلبس من شاء، وأن يركب الدابة من شاء بعوض وبغيره .

الشرط الثاني: عدم تعمد الإضرار بالعين المؤجرة نفسها، حتى ولو لم تكن تختلف باختلاف المستعمل؛ كالدار فليس له أن يجعل فيها حدادًا، ولا قصارًا، ونحو ذلك مما يوهن البناء وكما لو شرط في بيعها بعوض - سواء كانت تختلف باختلاف الاستعمال أو لا - ألا يملِّكَها بأكثر مما ملَكَها هو؛ لأن القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط، فلم تتقوم فيما وراءه.

وإذا تملكها بغير عوض؛ كالإعارة فملكه لها ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازمًا كالملك الثابت بالهبة، فكان للمعير أن يرجع في العارية.سواء أطلق العارية

أو وقَّت لها وقتًا. فإن أطلق المعير للمستعير الإعارة فله أن يستعملها كما شاء، كدابة له أن يركبها أو يحمل عليه ما شاء؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقًا، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها. لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا؛ أي أن المستعير في الإعارة المطلقة لا يحمل على الدابة ما يعلم أن مثلها لا يطيق مثل هذا الحمل.

كما أن له أن يعير العارية عندنا - إذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل، فإن كان فليس له أن يعير على التفصيل السابق في عقد الإجارة - سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا؛ لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير، فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفًا في ملك نفسه، ولكن لا يملك مالك المنفعة بغير عوض بيعها بعوض؛ فإنه يكون مملّكًا أكثر مما يملك معنىً، مثل الموصي له بالمنفعة فقط، بخلاف مالك المنفعة بعوض فإنه يملك بيعها بعوض مثله كما أسلفنا، فالمستعير لا يؤجر العين المستعارة؛ لأن الإعارة دون الإجارة، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه؛ فالإعارة عقد جائز غير لازم، والإجارة عقد جائز لازم. وبناء اللازم على غير اللازم لا يجوز؛ لإن ذلك يؤدي إلى زيادة ضرر بالمعير؛ لأنه لو جازت الإجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر، فلا يلزمه بغير رضاه، ولأنه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة، فلا يجوز.

ولأن من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها، وإنما تتقوم بالعقد لأجل الحاجة، ولهذا لم يملك أن يؤاجر بأكثر مما استأجر؛ لأن القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه، وفي العارية لا شرط فلا قيمة، فلم تصح الإجارة.

فإذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا فعل يملك الأجرة ويتصدق بها؛ لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق.

وأما إذا قيد المعير المستعير، فيراعي فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، فيراعى عند الإطلاق فإذا أعار إنسانًا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره، وكذلك إذا أعاره ثوبًا على أن يلبسه بنفسه، لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره، واعتبار هذا القيد

ممكن؛ لأنه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبًا ولبسًا، فلزم اعتبار القيد فيه، فإن فعل حتى هلك، ضمن؛ لأنه خالف.

وأمَّا لو أعاره دارًا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره؛ لأن المملوك بالعقد السكنى، والناس لا يتفاوتون فيه عادةً فلم يكن التقييد بسكناه مفيدًا فيلغو، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حدادًا أو قصَّارًا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء، فليس له أن يسكنها إياه، ولا أن يعمل بنفسه ذلك؛ لأن المعير لا يرضى به عادة، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الإجارة، فالقيد معتبر عند التفاوت فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، فلا فائدة من القيد فلا يعتبر. أمَّا ما يختلف باختلاف المستعمل فلابد من التقيد بالقيد، وإن خالف فهو متعدٍّ فيضمن.

وأمَّا إذا كان حقه في الانتفاع بها عن طريق الإباحة من المالك، فليس له أن يملكها غيره ولا أن يبيح لغيره كالمباح له الطعام لا يجوز له أن يبيح من غيره. أما الانتفاع بالملكية العامة كالماء والطرق النافذة، فإن الانتفاع بها على أصل الإباحة، لا أنه ملك لأحد، بل الناس متساوون في الانتفاع به، فليس لأحد فيه حقٌّ على وجه الخصوص، ولكل أحد أن يتصرف في الملك العام بما لا يضر بغيره؛ لأن له حق الانتفاع فقط، ولكن ليس له تمليكه؛ لأن التمليك يحتاج إلى محل مملوك وهو لا يملك. وبهذا نقول: إن الانتفاع الجائز في العين مملوكة الرقبة مطلق فهو يملك بكافة صوره وليس لأحد أن يجبره أو أن يمنعه منه .

وأمَّا الانتفاع الجائز إذا كانت الرقبة غير مملوكة فصوره يختلف باختلاف أحقيته في هذا الانتفاع، فإن كانت المنفعة غير مملوكة ولم يكن إلَّا حق الانتفاع بأن كان عن طريق الإباحة أو عن طريق الملكية العامة، وإن كانت المنفعة مملوكة له فإن صور انتفاعه تختلف باختلاف طرق ملكيتها فإما أن يملكها بعوض أو بغير عوض.

فالمنتفع عن طريق الإباحة المنفعة غير مملوكة له فلا يملك أن يبيحها لغيره، وإن كانت عن طريق الملكية العامة فلا يملك المنفعة، وليس له إلَّا حق الانتفاع بها، فلا يملك نقل هذا الحق لغيره. وأمَّا إذا كانت المنفعة مملوكة له وتملكها بعوض، فإنه يملك تمليكها بعوض وبغير عوض كما سبق، وإن تملكها بغير عوض فليس له أن يملكها إلا بغير عوض، كما بينَّا.

وتتفق هذه المادة مع المادة رقم: (١٠٠١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

---

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مادة رقم: (١٠٠١)، ص ٤٠٤.

١- تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه.

٢- وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزرع قائم وقت بداية حق الانتفاع، تركت الأرض للمالك إلى حيث إدراك الزرع على أن يؤدي للمنتفع أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن. وإذا كانت الأرض مشغولة بالزرع عند نهاية هذا الحق، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يؤدوا للمالك أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن[١].

* * *

● (مادة ١٤): يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها[٢] سواء كانت عقارًا أو منقولًا[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن صحة ملكية المنافع دون الرقبة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الانتفاع الجائز سواء كانت رقبتها مملوكة للمنتفع أو غير مملوكة فتحدث هنا عن صحة تمليك المنفعة دون رقبتها.

ويجدر بنا أن نشير إلى أن المنافع عندنا ليست بأموال على الحقيقة - وإن أخذت حكمها بالعقد - وذلك؛ لأنها لا تتولد من العين ولكنها أعراض تحدث في العين شيئًا فشيئًا وكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، لهذا لا تبقى زمانين، وليس لما لا يبقى

(١) هذه المادة تقابل المادتين: (٩٨٧ و ٩٩٣/ ٢) من مشروع القانون المدني المصري، و (المادة ١٢٤١) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي. (فالمادة ٩٨٧) من مشروع القانون المدني المصري تنص على ما يأتي: « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ».

وفي الفقرة الثانية من هذه المادة تنص على أنه: « إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند القضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم. تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن ».

و (المادة ١٢٤١) من المشروع التمهيدي لهذا التقنين، وهي المقابلة (للمادة ٩٨٧) المذكورة، تنص على ما يأتي: « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه، كما أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير. أمَّا الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع، فهي من حق المالك. على أن يوفي كل منهما الآخر ما أنفقه ».

(٢) هذه المادة تطابق (المادة ٩٩٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) تقدم التفريق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة؛ وذلك في المادة السابقة التي تناولت ما ينشأ عن حق الانتفاع الجائز في الاستعمال والاستغلال، كليهما أو منفردين. أما هذه المادة فتنص على حكم خاص؛ هو جواز ملك المنفعة دون الرقبة. والانتفاع طريقان:

أحدهما: الاستقلال، وذلك بأن يؤجر مالك المنفعة العين التى له منفعتها لغيره في مقابلة أجرة يأخذها منه لنفسه.

وثانيهما: أن يستوفي هو المنافع بنفسه. المعاملات الشرعية المالية : ص ١٢.

زمانين إمكانية الادخار لوقت الحاجة. وقد ذكرنا في شرح المادة رقم (١) أنه يشرط للشيء ليكون مالًا إمكانية الإحراز، سواء أحرز بالفعل أو لا، وإمكانية الادخار إلى وقت الحاجة، والأعراض لا يقبل هذه الأوصاف إلَّا أن يثبت إحرازها بولاية العقد حكمًا شرعيًّا، بناء على جواز العقد، فلا يثبت في غير موضع العقد؛ بل يثبت التقوم في حكم العقد خاصة؛ ولأن التقوم في حكم العقد ثبت لقيام العين مقامها كما أنها لا تثبت في الذمة. والتفاوت بين العين والمنافع في نفس الوجود؛ لأن العين جوهر يبقى ويقوم به العرض، والمنفعة عرض لا يبقى ويقوم بالجوهر، وبين ما يبقى ويقوم به غيره وبين ما لا يبقى ويقوم بغيره تفاوت فاحش .

والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة. وبعد فالأصل أن ملك المنفعة تابع لملك العين إلا إذا أفردت المنفعة بالتمليك، وإنما شرع هذا التمليك لحاجة الناس إليه؛ وذلك لأن اللَّه تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها، أو أرض مملوكة يزرعها، أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن، ولا يجد من يهبها له؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى هذا النوع من التمليك، والشرع شرع لكل حاجة عقدًا يختص بها؛ فشرع لتمليك العين بعوض عقدًا وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقدًا وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بعوض عقدًا وهو الإجارة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدًا وهو الإعارة .

وقد يتحقق فصل ملكية المنفعة عن ملكية الرقبة قبل الشراء؛ فقد يتملك الإنسان ملك الرقبة لكنه لا يملك المنفعة، وذلك مثل الجواري؛ فقد يتملك الإنسان الجارية ولكن ليس له ملك المتعة بها؛ لأنها قد تكون أخته من الرضاعة أو تكون منكوحة لغيره، وعليه فيصح تمليك المنافع بدون رقبتها بعوض وغيره، سواء كانت هذه الأعيان عقارات؛ كالأراضي للزراعة، أو منقولات كالدواب في الحمل والركوب.

وهذا الملك؛ أي ملك المنفعة يثبت ساعة فساعة فيتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة ملكًا واستحقاقًا، يعني يثبتان معًا حال وجود المنفعة، بخلاف بيع العين؛ فإن الملك في المبيع يثبت في الحال، ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار، وهذا الملك يعتبر ملكًا ناقصًا كما سبق، ويلزم فيه التأقيت رفعًا للمنازعة في العقود اللازمة، ولا يلزم في العقود غير اللازمة، وفي العقود المختصة بتمليك المنافع دون رقابها تقام العين المنتفع بها الموجودة في ملك العقد مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه، كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد والتسليم،

وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم، أو يجعل العقد مضافًا للانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء، فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه، وهو معنى قول مشايخنا - رحمهم اللَّه -: إن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، وإنما يفعل كذلك لحاجة الناس، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، وحاجة الناس أصل في شرع العقود، فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقًا لأصول الشرع.

كما أنه لا بد من إعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة في العقود اللازمة كالإجارة، خلاف العقود غير اللازمة كالإعارة؛ فالجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب الفساد. وهذا لأنها غير لازمة، فله أن يرجع في كل ساعة، بخلاف المعاوضات فإنها لازمة، والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة، وإعلام المنفعة ببيان المدة، أو المسافة، وذكر المدة لبيان مقدار العقود عليه لا للتوقيت في العقد فإن المنافع لما كانت تحدث شيئًا فشيئًا فمقدارها يصير معلومًا ببيان المدة، بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات، أو ببيان المسافة؛ فإن مقدار السير والمشي يصير به معلومًا، وكذلك ببيان محل المنفعة.

وهذه العقود والتي تملك المنافع - بعوض وبغيره - تبطل بموت مالكها؛ أي مالك المنفعة دون رقبتها؛ لأن المنافع أصلًا لا تحتمل التوريث؛ لأنها تحدث شيئًا فشيئًا. لهذا كانت هذه العقود تنعقد شيئًا فشيئًا.

وإذا كان ذلك كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث؛ إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته، بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلَّا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأسًا؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث.

فلهذا تبطل الإجارة بموت المستأجر، وتبطل الإعارة بموت المستعير، وكذلك تبطل الوصية بالمنافع بموت الموصي له. ومع ذلك؛ فهذه العقود الأصل فيها أن تبطل كذلك بموت مالك الرقبة أيضًا؛ وذلك لأن العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، وإنما جعل المالك الرقبة الأول للمالك المنفعة ملك نفسه لا ملك غيره، فلا تجري هذه العقود إلَّا بإذن الوارث؛ لأنها ملكه، ويعتبر هذا الإذن بمثابة عقد جديد.

ولكن الوصية بالمنافع لا تبطل بموت مالك الرقبة؛ لأن عقدها - أي الوصية - أوسع العقود؛ ألا ترى أنها تحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من عدم المحل، والخطر، والجهالة؛ ولأنها لم تقع بمال الوارث بخلاف الإجارة والإعارة .

وذلك لأن الوارث يملك الرقبة فقط إذا أوصي بمنفعتها. ولقد سبق أن ذكرنا أن ملك المنفعة ينفصل عن ملك الرقبة إذا جري تمليكها، والموصي هنا إذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودًا بالتمليك، وله هذه الولاية، فلا يبقى تبعًا لملك الرقبة بل يصير مقصودًا بنفسه، بخلاف الإعارة؛ لأن المعير، وإن جعل ملك المنفعة مقصودًا بالتمليك، لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت، فينتفي العقد بالموت. وأمَّا الوصية؛ فتمليك بعد الموت، فكان قصده تمليكه المنفعة بعد الموت، فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت، فهو الفرق. ونظيره من وكل وكيلًا في حال حياته، فمات الموكل ينعزل الوكيل، ولو أضاف الوكالة إلى ما بعد موته؛ جاز حتى يكون وصيًّا بعد موته.

وهذه المادة تتفق مع ما جاء في المادة (٩٩٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، والتي تنص على أن: (الانتفاع حق عيني يخول المنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء غير قابل للاستهلاك أو حق للغير، وينتهي حتمًا بموت المنتفع).

***

● **(مادة ١٥) : قد تملك المنفعة[٢] بعوض وبغير عوض[٣].**

تكلم المؤلف - رحمه اللَّه - في هذه المادة عن صور ملكية المنفعة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن صحة هذا التمليك دون رقبتها سواء كانت عينها عقارًا أو منقولًا.

وقد ذكرنا في شرح المادة السابقة أن التمليك نوعان: تمليك أعيان وتمليك منافع، وأن تمليك الأعيان قد يكون بعوض؛ كالبيع وقد يكون بغير عوض كالهبة، وتمليك المنافع قد يكون بعوض كالإجارة وقد يكون بغير عوض كالإعارة.

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٩٩٧) : ص ٤٠٣.

(٢) هذه المادة تتفق مع (المادة ٩٩٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني : « والأشياء التي تفيد هذا الحق إمَّا أن تكون عقدًا و إمَّا أن تكون غير عقد، فإن كانت عقدًا فإما أن تكون بعوض؛ وإما أن تكون بغير عوض، فالعقد هو الإجارة والإعارة والوصية، وغير العقد هو الوقف، والعقد الذي يكون بعوض هو الإجارة والذي يكون بغير عوض هو الإعارة والوصية ».

ولكن يشترط لهذا التمليك - أي تمليك المنافع - شروط تختلف مع ما يشترط لتمليك الأعيان، وهذه الشروط قد تلزم في التمليك بعوض، ولا تلزم في التمليك بغير عوض والعكس.

والشروط التي يجب توافرها في عقود تمليك المنافع بعوض هي:

١ - لا بد أن تكون المنافع المراد تملكها بعوض معلومة علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولًا ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد، وإلا فلا بأن كان معلومًا بالعادة، والتفاوت فيه يسير لا يفضي إلى المنازعة؛ ولأن الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس. وكذلك ما دعت الضرورة إسقاط اعتباره جهالة لحال الناس، فلا تكون الجهالة مفضية إلى المنازعة، كمن استأجر دابة بغير عينها فتجوز وإن كان المعقود عليه وهو المنفعة مجهولًا لجهالة محله؛ لأنه لو استأجرها بعينها فلربما تموت في الطريق فتبطل الإجارة بموتها، فلا يمكنه المطالبة بغيرها فيبقى في الطريق بغير حمولة فيتضرر بذلك؛ وكون الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ لأنها تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثًا لخلوه عن العاقبة الحميدة. وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود.

والعلم بالمنفعة يختلف عن العلم بالعين المباعة؛ لأن التفاوت بينهما في نفس الوجود؛ لأن العين جوهر يبقى ويقوم به العرض، والمنفعة عرض لا يبقى ويقوم بالجوهر، وبين ما يبقى ويقوم به غيره وبين ما لا يبقى ويقوم بغيره تفاوت فاحش؛ فمعرفة العين المباعة تكون بمعرفة القدر و الوصف إن كان من المقدرات، أو بالإشارة لو كان حاضرًا مجلس العقد، أو بيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية؛ فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته.

ومعرفة المنفعة ببيان أشياء؛ منها: بيان محل المنفعة حتى لو قال: أجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد؛ لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد؛ ومنها: بيان المدة في إجارة الدور والمنازل، والبيوت، والحوانيت، وفي استئجار الظئر؛ لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة، وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة، وهو أظهر أقوال الشافعي. وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من سنة، وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة،

والقولان لا معنى لهما؛ لأن المانع إن كان هو الجهالة فلا جهالة، وإن كان عدم الحاجة، فالحاجة، قد تدعو إلى ذلك، وسواء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين. ويتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه، وقال الشافعي: لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذي يلي العقد نصًا.

ولنا أن التعيين قد يكون نصًا وقد يكون دلالة، وقد وجد هاهنا دلالة التعيين من وجهين:

أحدهما: أن الإنسان إنما يعقد عقد الإجارة للحاجة، والحاجة عقيب العقد قائمة.

والثاني: أن العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد إلا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد، فيتعين.

وأمَّا بيان ما يستأجر له في هذا النوع من الإجارة؛ أعني إجارة المنازل ونحوها، فليس بشرط؛ لأنه لا يختلف باختلاف المستعمل، حتى لو استأجر شيئًا من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز، وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة، وله أن يضع فيه متاعًا، وغيره، غير أنه لا يجعل فيه حدادًا، ولا قصارًا، ولا طحانًا، ولا ما يضر بالبناء ويوهنه. وإنما كان كذلك؛ لأن الإجارة شرعت للانتفاع، والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى، ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، فكانت معلومة من غير تسمية، وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم إلَّا تفاوتًا يسيرًا، وأنه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى.

وأمَّا في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة، إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء، وكذا إذا استأجرها للزراعة، فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء، وإلا فلا يجوز العقد؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة، وكذا المزروع يختلف، منه ما يفسد الأرض، ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة، فلا بد من البيان بخلاف السكنى فإنها لا تختلف.

وأمَّا في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين: المدة أو المكان؛ فإن لم يبين أحدهما فسدت؛ لأن ترك البيان يفضي إلى المنازعة. وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يشيع عليها رجلًا أو يتلقاه أن الإجارة فاسدة، إلا أن يسمي موضعًا معلومًا لما قلنا، وكذا إذا استأجرها إلى الجبانة؛ لأن الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها؛ لأنها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها، بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة أنه يصح العقد، وإن كان

أطرافها وجوانبها متباعدة؛ لأن المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة؛ لأن الإنسان إذا استأجر إلى بلده فإنما يستأجر إلى بيته، ألا ترى أنه ما جرت العادة بين المكارين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد ؟ فصار منزله بالكوفة مذكورًا دلالة والمذكور دلالة، كالمذكور نصًا، ولا عادة في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه.

ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والركوب؛ لأنهما منفعتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون في الركوب؛ فترك البيان يفضي إلى المنازعة، والضابط فيه أن ما يختلف باختلاف المستعمل أو الاستعمال لا بد فيه من بيان رفعًا للجهالة فيه، وما لا يختلف فلا عبرة بوقوع الجهالة فيه.

ومنها: بيان العمل في استئجار الصناع والعمال؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملًا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد.

وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك، إمَّا بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها؛ لأن العمل يختلف باختلاف المعمول.

وأمَّا في الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته، وإنما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة؛ لأن المعقود عليه هو الخدمة، فما جاز فيه جاز في الظئر وما لم يجز فيه لم يجز فيها، إلا أن أبا حنيفة استحسن في الظئر أن تستأجر بطعامها وكسوتها، وبهذه الأشياء تعرف المنفعة والشرط فيها رفع الجهالة الفاحشة المفضية للمنازعة ويصح عقد تمليكها بهذه المعرفة.

٢- ويشرط كذلك في المنافع المراد تملكها بعوض أن تكون مقدورة الاستيفاء حقيقةً وشرعًا؛ لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه، ولا تجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب، كما لا يجوز بيعه من غيره ولو كان مملوكًا له. والمنافع في هذا الشرط كالأعيان.

وعليه فالاستئجار على المعاصي لا يصح؛ لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعًا كاستئجار الإنسان للعب واللَّهو، وكاستئجار المغنية، والنائحة للغناء، والنوح، بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح أنه جائز؛ لأن الممنوع عنه نفس الغناء، والنوح لا كتابتهما.

٣- وكذلك يشترط أن لا يكون العمل المستأجر له فرضًا ولا واجبًا على الأجير قبل الإجارة، فإن كان فرضًا أو واجبًا عليه قبل الإجارة لم تصح الإجارة؛ لأن من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الأجرة كمن قضى دينًا عليه، ولهذا قلنا: إن الثواب على العبادات والقرب والطاعات أفضال من اللَّه سبحانه غير مستحق عليه؛ لأن وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه؛ لأن خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة؛ لأن شكر النعمة واجب عقلًا وشرعًا ومن قضى حقًّا مستحقًّا عليه لغيره لا يستحق قبله الأجر كمن قضى دينًا عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج أنه لا يصح؛ لأنها من فروض الأعيان .

٤- وكذلك يشترط أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل بين الناس؛ لأنه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجر لتبقية ذلك فيه لم يجز؛ لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها، فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرًا باستئجار الأرض، ولا يجوز استئجار الشجر؛ وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثيابًا ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة، وأما العقود التي يراد بها تمليك المنافع بغير عوض فإنه يشترط فيها:

١- خلوها عن العوض؛ لأنها لو كانت بعوض لكانت إجارة .

٢- وبعض عقود لا يشترط فيها العلم بها كالإعارة؛ لأنها عقود غير لازمة فيجوز للمعير أن يرجع متى شاء فالجهالة لاتؤدي إلى المنازعة فلا عبرة بها وبعضها كالوصية بالمنافع يشترط فيها المعرفة بيان المدة أو أبدًا .

٣- يشترط فيها القبض من المستعير؛ لأن الإعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة .

٤- ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه، فإن لم يكن لا تصح إعارته؛ لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين .

***

(مادة ١٦) : يصح[١] أن يكون تمليك المنفعة[٢] قاصرًا على الاستغلال أو على السكنى أو شاملًا لهما معًا[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن صحة قصر تمليك المنفعة على الاستغلال أو على السكنى أو هما معًا، وذلك بعد أن تكلم عن صحة تمليك المنفعة بعوض وبغير عوض، وهي المادة موضوع الشرح بمثابة الحديث عن صورة من صور هذا التمليك.

وقد سبق وبينًّا أن ملكية المنفعة بدون الرقبة ملكية ناقصة سواء كان هذا التمليك بعوض وبغير عوض؛ لأنها متعلق بحق مالك الرقبة فله تقييد هذا الحق كما يشاء، إذا كان هذا التقيد مفيدًا. ويلزم على مالك المنفعة أن يراعي القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، والعبرة في قبول القيد كثرة التفاوت وعدمه.

فما كان لا يختلف باختلاف المستعمل، فلا عبرة بقيد مالك الرقبة إلا أن تضر بالعين التي يملكها؛ فمثلًا الدار فمن استأجر دارًا فله أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى، ووضع المتاع، وأن يسكن بنفسه، وبغيره، وأن يسكن غيره بالإجارة، والإعارة؛ لأن المقصود منها معلوم بالعرف؛ فإنما يستأجر الدار للسكنى، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، فله أن يَسْكُنَهَا ويسكنها من شاء؛ لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس، ولأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال،

(١) هذه المادة تطابق (المادة ١٠١٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) المنفعة تحصل باستعمال العين؛ فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من الدابة بركوبها. درر الحكام شرح مجلة الأحكام (المادة ١٢٥).

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وعند تمليك حق الانتفاع قد يكون شاملًا للسكنى والاستغلال إن كان الشيء صالحًا لهما وقد يكون قاصرًا على أحدهما.

فإن كان الأول فلا خلاف في أن المنتفع له إن يستوفي ما أراد منها.

وإن كان الثاني ففيه خلاف:

- فالإمام وأبو يوسف يقولان من ملك أحدهما لا يملك الآخر.

- وقال محمد: ملك الاستغلال يخول للشخص حقًا في السكنى، وملك السكنى لا يفيد ملك الاستغلال؛ لأن حق الاستغلال أقوى، والقوي يستتبع غيره دون عكسه.

- وقال الإمام الشافعي: من ملك أحدهما ملك الآخر.

يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك؛ لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادة فهي من توابع السكنى، والمعتاد منه لا يضر بالبناء ما خلا الرحا أن ينصب فيه أو الحداد أو القصار؛ فإن هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله إلا برضاء صاحب البيت، ويشترط عليه في الإجارة أن يكون المراد رحا الماء أو رحا الثور، فأما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه؛ لأن هذا لا يضر بالبناء، وهو من توابع السكنى في العادة، والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه؛ فذلك لا يصير مستحقًا للمستأجر بمطلق العقد، إلا أن يشترطه، وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد؛ لأن السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع، فيستحقه بمطلق العقد، وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبة أو الخبز في المبيع فلا يصير مستحقًا إلا بالشرط، وعلى هذا كسر الحطب بالقدر المعتاد منه لا يوهن البناء، فإن زاد على ذلك، وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله إلا برضاء صاحب الدار.

وما كان يختلف باختلاف المستعمل فلا بد من اعتبار قيد مالك الرقبة؛ لأن التعين متى أفاد اعتبر ولا يتعداه، فان تعداه وهلك ضمن؛ لأنه صار غاصبًا بعد أن كانت يده على العين يد أمانة وإذا لم يصبه شيء فلا أجرة لصاحب الرقبة؛ لأنه - المستأجر - لم يستوف المعقود عليه.

كمن استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره، وإن فعل ضمن؛ لأن هذا تعيين مفيد؛ فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة، وليس ذلك من قبل الثقل والخفة؛ بل من قبل العلم والجهل؛ فالثقيل الذي يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه، والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه، فإن حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب غير مستوف للمعقود عليه، وإن ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد، فإذا سلمت سقط اعتبار الزيادة، فعليه كمال الأجر لاستيفاء المعقود عليه، وإن عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الأجر كله لاستيفاء المعقود عليه، فإن كان ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف وجب الأجر باعتبار ركوبه، وعليه ضمان نصف القيمة؛ لأنه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنًا وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين، فإن كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها؛ لأنه متلف لها. وأما إذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين، سواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف.

وكذا إذا استأجر ثوبًا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره، وإن فعل، ضمن؛ لأن الناس متفاوتون

في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في إلباسه غيره، وإن لم يصبه شيء فلا أجر له؛ لأن المعقود عليه ما يصير مستوفيًا بلبسه، فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد. ألا يرى أنه لو استأجر ثوبًا بعينه ثم غصب منه ثوبًا آخر فلبسه لم يلزمه الأجر، فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره؛ لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس، فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه، وذلك لا يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه، قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده، فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن، فأما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكمًا، ألا ترى أنه ضامن، وإن هلك من غير اللبس فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس، ولا يكون إلا بطريق تفويت يده حكمًا فلهذا لا يلزمه الأجر، وإن سلم، وأما إذا أطلق مالك الرقبة الاستعمال للمنتفع لم يقيده بقيد، بل أطلق له الاستعمال جاز. له أن يستعملها كيف شاء وإن كان يختلف باختلاف الاستعمال فله أن يلبس من شاء، وأن يركب الدابة من شاء بعوض وبغيره. في التمليك بعوض؛ لأنه لا يصلح أن يملك بعوض إن تملك بغير عوض – ولكن هذا الإطلاق ينصرف إلى المعتاد، وبه لا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو بالرضا فهو يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصًا؛ فمن استأجر دابة ولم يقيدها مالكها فله أن يفعل ما يشاء، فيحمل ويركب من شاء، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق مثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًا كما ذكرنا .

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة رقم (١٠١٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية. والتي تنص على أنه (يتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، وذلك مع مراعاة ما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام)[1].

***

---

(١) هذه المادة تطابق (المادة ٩٩٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية لمجلس الشعب المصري سنة (١٩٨٠م) مع تعديل لفظي. وتتفق مع المادتين: (١٢٦١، ١٢٦٢) من التقنين العراقي، وتتفق مع المادتين: (١٢٢٠، ١٢٢١) من التقنين الأردني، وتتفق مع (المادة ٩٥٥) من التقنين الكويتي.

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ١٠١٢)، ص ١٠٩.

● (مادة ١٧) : **يجوز أن تجعل منافع الأعيان الموقوفة لنفس واقفها؛ فينتفع بها إن اشترط ذلك لنفسه مدة حياته، ومن بعده تنتقل إلى الجهة التي اشترطها لها.**

ويصح أن تجعل تلك المنافع لشخص معين أو لعدة أشخاص معينين سواء كانوا من أولاد الواقف أو من أقاربه أو أجانب عنه[١].

ويجوز جعلها لشخص قبل وجوده بشرط أن يكون آخرها في كل الأحوال لجهة برٍّ لا تنقطع[٢].

---

(١) إذا جعل الواقف الغلة لنفسه، فإن ذلك جائز على قول أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال وبه قال الشافعي.

ويصح وقف الإنسان على أولاده ومن بعدهم لجهة خيرية، ولو وقف على أقربائه أو ذوي قرابته دخل في وقفه كل ما ينتسب إليه ما عدا أبويه ومن سفل من جهة أولاده على قول الشيخين خلافًا لمحمد فإنه عدهم من الأقارب وهو ظاهر الرواية. ويصح الوقف على الحمل بل على من فسيوحد. المعاملات الشرعية المالية، ص ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٣١.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: فالذي عُلِمَ أن حق المنفعة كما يستفاد بالعقود التي تفيده كالإجارة والإعارة والوصية يستفاد أيضًا بالإسقاط وهو الوقف. فنفس الشيء الموقوف غير مملوك لأحد وإنما للمستحقين فيه حق المنفعة كما يؤخذ من تعريف الوقف عند الفقهاء؛ وهو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من أراد الواقف صرفها إليه، سواء كان من أولاد الواقف أو من أقاربه أو أجنبيًّا منه. بل لو جعل الريع لنفسه مدة حياته صح، إنما يشترط في كل الأحوال أن يكون آخره لجهة برٍّ لا تنقطع كالفقراء ولكن إن جعل الواقف ريع وقفه لنفسه أولًا ثم إلى ذريته أو جعل الريع لأشخاص معينين ومن بعدهم يكون إلى الفقراء سمي الوقف وقفًا أهليًّا. وإن جعل الريع لجهة خيرية من أول الأمر سمي وقفًا خيريًّا.

ولا يشترط أن يكون من جعل له الواقف الريع موجودًا وقت الوقف؛ فلو قال شخص: « وقفت هذا البيت على ولد فلان ومن بعده يكون الريع للمساكين ولم يكن لفلان ولد الآن » صرف الريع إلى المساكين إلى أن يوجد لفلان ولد فترد الغلة إليه.

وينبني على أن الشيء الموقوف غير مملوك لأحد عدم جواز بيعه وهبته ورهنه والوصية به، ولكن محل عدم جواز البيع إذا لم يكن هناك مسوغ شرعي له، فإن وجد جاز ذلك سواء كان البائع هو الواقف أو غيره على التفصيل الذي يلقى عليك وبيانه:

أن الواقف إما إن يشترط الاستبدال في أصل الوقف، وإما أن لا يشترطه:

فإن كان الأول جاز بيع الموقوف للواقف أو لمن جعل له هذا الحق واستبداله بغيره متى شاء، ويقوم الثاني مقام الأول في الحكم بمجرد الاستبدال، فلا يحتاج إلى وقف جديد، ولا يشترط لصحة الاستبدال في هذه الحالة أن يخرج الموقوف عن الانتفاع، أو يكون البدل أحسن من المبدل بل لو كان مثله صح.

وإن كان الثاني، وهو إذا لم يشترط الواقف الاستبدال فلا يملكه الواقف ولو صارت الأرض سبخة والدار خربة لا ينتفع بها وإنما الذي يملكه في هذه الحالة هو القاضي ومع هذا فليس له ذلك إلا في حالتين:

الأولى: أن يصير الموقوف غير صالح لانتفاع الموقوف عليهم ويرغب شخص في أخذه لفائدة خصوصية له.

الثانية: أن يكون الموقوف منتفعًا به في الجملة ولكن يمكن استبداله بأكثر منه نفعًا. ففي هاتين الحالتين يجوز للقاضي الاستبدال وإن كانت الحالة الثانية ففيها خلاف، فيها والظاهر الجواز لاتفاقهم على أنه يفتي بكل ما هو أنفع للوقف.

تكلم المؤلف في هذه المادة عن قصر منافع الأعيان الموقوفة على أشخاص معينين سواء كان هذا الوقف على شخص الواقف - على الخلاف الآتي - أو أولاده أو أجانب عنه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن قصر تمليك المنافع على نوع معين من الاستغلال والاستعمال بالسكنى وغيرها أو هما معًا.

يجوز أن تجعل منافع الأعيان الموقوفة لنفس واقفها؛ فينتفع بها إن اشترط ذلك لنفسه مدة حياته، ومن بعده تنتقل إلى الجهة التي اشترطها لها.

وقد اختار المؤلف في هذه المادة ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف؛ وذلك لأنه توسع في الوقف غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والإفراز، وذلك بعد أن ضيق الأمر غاية التضييق أولًا مثل أبي حنيفة ثم رجع بعد أن حج مع الرشيد ومشاهدته وقوف الصحابة - رضوان اللَّه عليهم - بالمدينة ونواحيها وقبل أن ندخل في المسائل التي ذكرها المؤلف والتي وقع الخلاف فيها يجدر بنا أن نمهد قبل عرضها ببيان الشروط التي اختلف الفقهاء فيها والتي على أسسها اختلفوا في هذه المسائل، فنقول:

١- اشتراط خروج الوقف من يد الواقف، وذلك بتسليمه إلى المتولي، وقد اشترط هذا الشرط الإمام ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، واحتج بما روي أن سيدنا عمر ﷺ وقف، وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده، وروي عن سيدنا علي ﷺ أنه كان يفعل كذلك؛ ولأن هذا إزالة الملك لا إلى أحد فلا يشترط فيه التسليم كالإعتاق، ولهما أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة، فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي - رضي اللَّه عنهما - ، فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه إلى المتولي بعد ذلك فصح، كمن وهب من آخر شيئًا أو تصدق، أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم، كذا هذا. ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيمًا ويسلمه إليه، وفي المسجد أن يصلى فيه جماعة بأذان وإقامة بإذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي، وذكر القدوري في شرحه أنه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليمًا، ويزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد.

٢- اشتراط الإفراز؛ أي أن يكون الموقوف مقسومًا عند محمد، فلا يجوز وقف المشاع، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، ويجوز مقسومًا كان أو مشاعًا؛ لأن التسليم شرط الجواز عند محمد، والشيوع يخل بالقبض والتسليم، وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلًا، فلا يكون الشيوع فيه مانعًا، وقد روي عن سيدنا عمر ﷺ أنه ملك مائة سهم بخيبر، فقال له

رسول اللَّه ﷺ: «احبس أصلها»، فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف، وجواب محمد يحتمل أنه وقف مائة سهم قبل القسمة، ويحتمل أنه بعدها، فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال، على أنه إن ثبت أن الوقف كان قبل القسمة، فيحمل أنه وقفها شائعًا ثم قسم وسلم، وقد روي أنه فعل كذلك، وذلك جائز كما لو وهب مشاعًا ثم قسم وسلم.

٣- اشتراط التأبيد. وقد نص على اشتراطه الإمام ومحمد، وذهب محمد إلى أن ذكر التأبيد في العقد شرط؛ لأنه صدقة بالمنفعة. وقد يكون ذلك مؤبدًا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف إلى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص عليه. وعن أبي يوسف في رواية اشتراط التأبيد، ولكن لا يلزم ذكره في العقد؛ لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه؛ لأنه إزالة الملك كالعتق؛ لهذا حكي في اشتراطه دون النص عليه الإجماع. ولكن هناك رواية عن أبي يوسف في عدم اشتراطه التأبيد فيصح التأقيت فيه، وبأنه بانقطاع الجهة تعود المنفعة لمالكها إن كان حيًّا أو إلى ورثته إن كان ميتًا، بل إن اشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده، فأما عند محمد التأبيد شرط واشتراط العود إلى الورثة يبطل هذا الشرط، فيكون مبطلًا للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز، كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته بمدة معلومة، فإنه جائز أن يلزم ويعود إلى الورثة إذا سقط حق الموصى له.

ولأبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى اللَّه تعالى، وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع؛ لأن التقرب إلى اللَّه - تعالى - تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد، فيصح في الوجهين. وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيًّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا. ولقائل أن يقول: هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف؛ لأنه قال وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وذلك يدل على أن التأبيد شرط. والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران: أحدهما: أنه لا يشترط التأبيد أصلًا. والثاني: أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان .

٤- اشترط أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدًا عند أبي حنيفة ومحمد، فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما، وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط، بل يصح وإن سمى جهة تنقطع، ويكون بعدها للفقراء وإن لم يسمهم. وجه قول أبي يوسف أنه ثبت الوقف عن رسول اللَّه ﷺ وعن الصحابة، ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرًا وتسمية. ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو الظاهر من حاله، فكان تسمية هذا الشرط ثابتًا دلالة،

والثابت دلالة كالثابت نصًّا، ولهما أن التأبيد شرط جواز الوقف لما نذكر، وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز. وبعد أن بينَّا هذه الشروط التي من أجلها اختلف الفقهاء نعود على المسائل المذكورة في نص المادة.

المسألة الأولى: جعل الوقف على نفس الواقف وانتفاعه بها إن اشترط ذلك لنفسه مدة حياته، ذهب أبو يوسف إلى جوازه، ومنعه محمد بناء على هذا الاختلاف في اشتراط القبض؛ أي قبض المتولي، فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه؛ لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه، وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه، وقيل مسألة مبتدأة غير مبنية وهذا أوجه ولأبي يوسف ما روي أنه ﷺ: « كان يأكل من وقفه » ولا يحل ذلك إلا بالشرط فدل ذلك على جوازه؛ ولأن الوقف إزالة الملك إلى اللّٰه تعالى على وجه القربة على ما عرف من أصلهما؛ فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد شرط ما صار للّٰه تعالى لنفسه، وهو جائز، لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه، فصار نظير ما إذا بنى خانًا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة، وشرط أن ينزله أو يشرب منها أو يدفن فيها؛ ولأن مقصوده القربة. وفي الصرف إلى نفسه ذلك، قال ﷺ: « وما أنفق الرجل على نفسه وأهله كتبت له صدقة »[1]، وجه قول محمد أن التقرب بإزالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلًا كالصدقة المنفذة. وقال الفقيه أبو جعفر ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة إلا شيء ذكره في الوقف؛ فقال: إذا وقف على أمهات أولاده جاز، فقال: هذا الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه؛ لأن ما يكون لأم الولد حال حياة المولي يكون للمولى.

المسألة الثانية: جعل منافع الوقف لشخص معين أو لعدة أشخاص معينين سواء كانوا من أولاد الواقف أو من أقاربه أو أجانب منه يشترط فيه عند محمد تسليم المتولي فإن تسلم جازت؛ ولو كانت صدقة واحدة يقبضها وإلى واحد فلا يضرهم على أي الوجوه فرقوا غلتها، ومعنى هذا أن تمام الصدقة بالقبض. وإذا كان الوالي واحدًا فهو يقبض الكل جملة فتتم الصدقة بالكل بقبضه، ثم بتفرق جهات الصدقة لا تتفرق الصدقة، ألا ترى أن المتصدق لو كان واحدًا وفرق الغلة سهامًا بعضها في الحج، وبعضها في الغزو، وبعضها في أهل بيته، وبعضها في المساكين كان ذلك صدقة جائزة. فكذلك إذا كان المتصدق اثنين وعيَّن كل واحد منهما لنصيبه مصرفًا، وهذا كله قول محمد.

فأما عند أبي يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة؛ لأنه يجوزها غير

---

(١) سنن البيهقي الكبرى، رقم (٢٠٩٢١)، ١٠/ ٢٤٢.

مقبوضة، فكذلك غير مقسومة. فالحاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع. وفي قوله الأول ضيَّق فيها غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه -.

المسألة الثالثة: جعل المنافع الموقوفة لشخص قبل وجوده يجوز، فلو وقف على أولاد زيد ولا ولد له، أو على مكان هيأه لبناء مسجد أو مدرسة صح في الأصح وتصرف الغلة للفقراء إلى أن يولد لزيد أو يبنى المسجد، وهذا الوقف يسمى منقطع الأول. قال في الخانية: ولو قال أرضي صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد وليس له ولد يصح، فإذا أدركت الغلة تقسم على الفقراء، وإن حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التي توجد بعد ذلك إلى هذا الولد؛ لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء وذكر الولد الحادث للاستثناء، كأنه قال: إلا إن حدث لي ولد فغلتها له ما بقي. اهـ.

المسألة الرابعة: جعل المنافع الموقوفة في كل الأحوال لجهة برٍّ لا تنقطع.

***

● (مادة ١٨) : يجوز أن يوصَى بمنفعة العين لشخص معين مع بقاء رقبتها لورثة الموصي، كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر كلاهما أجنبيان من المتبرع، ولا يجوز[١] استثناء منفعة العين من الوصية برقبتها لشخص أجنبي لتبقى المنفعة[٢] على

---

(١) ويستفاد حكم عدم صحة الاستثناء المذكور من «الدر المختار ورد المحتار» من أوسط فصل فيما يدخل في البيع تبعًا وما لا يدخل، ص ٤٠، ٤١، ويستفاد حكم صدر هذه المادة من أول الباب السابع في الوصية بالسكنى من الهندية ص ١٢٥، ١٢٦.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وكما يستفاد حق الانتفاع بالوقف يستفاد أيضًا بالوصية؛ وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فمتى قال شخص: «أوصيت لفلان بمنفعة أرضي الفلانية» ومات الموصي والموصى له حيٌّ ثبت للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بها إذا قبل، فإن كان مطلقًا ثبت له حق الانتفاع مدة حياته، وإن كان مقيدًا بمدة انتفع بالعين في المدة المعينة إن استمر حيًّا إلى انتهائها، وبعد ذلك يؤخذ الشيء المنتفع به ويسلم إلى من يستحقه بعد المنتفع سواء كان المستحق هو الورثة أو غيرهم بحسب إرادة الموصي؛ لأنه كما تجوز الوصية بمنفعة العين لشخص مع بقاء الرقبة على ملك الورثة يجوز أن تكون الوصية بمنفعة العين لشخص ورقبتها لشخص آخر كلاهما أجنبيان من الموصي، ومن له حق الانتفاع بالعين الموصى بها يستوفيه بحسب عقد الوصية.

ولكن لا تجوز الوصية بعين لشخص مع إبقاء المنفعة لورثة الموصي، فجعله المنفعة لورثته في هذه الحالة يكون لاغيًا، وحينئذ تكون العين ومنفعتها للموصى له. وقد قال فقهاء الأحناف في توجيه أن المنفعة لا تورث قصدًا؛ لأنها ليست بمال؛ ولأن المنفعة متجددة آنًا فآنًا، وحينئذ تكون الموجودة بعد موت الموصي بالعين ناشئة عن ملك الموصى له، فلا تورث عن الموصي. ويظهر أن إبقاء المنفعة لورثة الموصي في هذه الحالة جائز عند الإمام الشافعي وأحمد؛ لأن كلًّا منهما يرى أنها مال.

ملك الورثة[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الوصية بمنافع عين لشخص معين في حالة بقاء رقبتها لورثة الموصي، وكذلك في حالة الوصية برقبتها أيضًا لغيره، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن قصر منافع الأعيان الموقوفة على أشخاص معينين، سواء كان الوقف على شخص الواقف أو أولاده أو أجانب عنه، وذلك ضمن الصور التي يذكرها المؤلف تبعًا في تمليك المنافع.

وقد سبق أن ذكرنا أن ملك المنفعة؛ وإن كان يتبع ملك الرقبة في الأصل، إلا أنه لحاجة الناس شرع الشارع الحكيم عقودًا تبيح تمليك المنافع دون رقبتها، وكان شأن هذه العقود شأن عقود تمليك الأعيان فقد تملك بعوض وقد تملك بغير عوض، وبهذه العقود تنفصل المنافع عن الأعيان انفصالًا مؤقتًا لا يدوم؛ لأنها - أي العقود - عقود مؤقتة لا مؤبدة؛ لهذا يصح أن تملك المنفعة لأحد ويملك غيره رقبتها؛ فالمالك المطلق أو مالك الرقبة والمنفعة يستطيع أن يملك المنفعة لآخر ويبقي الرقبة ملكًا له، ولكن هذا التمليك؛ أي تمليك المنفعة سواء كان لازمًا بعقد الإجارة أو غير لازم بعقد الإعارة لا يثبت إلا مؤقتًا لا مطلقًا، فإن أُقِّت هذا التمليك بمدة ينتهي إليها، فإن هذا التمليك ينتهي بانتهائها، وتعود العين إلى مالكها المطلق أو ورثته أو تعود إلى من ملكه المالك المطلق رقبتها كالوصية بالمنافع أن ضرب لها وقتًا انتهت بانتهائه، وتعود ملكية هذه المنافع إلى مالكها سواء كان مالكها الأول أو ورثته أو من أوصي له برقبتها غيره. وأما لو أطلقها ولم يقيدها بوقت، فإنها تعود بموت الموصى له بها إلى ورثة المالك أو من أوصي له برقبتها غيره؛ لأن المنافع لا تقبل الإرث.

فلو أوصى لشخص بخدمة عبده وللآخر برقبته، وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة؛ لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئًا معلومًا، وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فبعطف إحدى الوصيتين على الأخرى لا يتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكلٍّ واحد منهما، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثًا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذلك إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ لأن الوصية قياس الميراث من حيث إن الملك يثبت بها بعد الموت.

ألا ترى أنه لو أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر، وهو يخرج من الثلث كان ذلك

(١) راجع : منح الجليل : ٩/ ٥٦٨، أسنى المطالب : ٣/ ٤٤، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٤٧٧.

كما أوصى، ولا شيء لصاحب الأمة في الولد.

فإن كان أوصى بخدمة عبد صغير وبرقبته لآخر، وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة؛ لأن بالنفقة عليه في حالة الصغر تنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة، وإذا صار بحيث يخدم فهو بالنفقة يتقوى على الخدمة، والمنفعة في ذلك لصاحب الخدمة؛ فلهذا كانت النفقة عليه، ثم نفقة المملوك على المالك باعتبار الأصل إلا أن يصير معدًّا لانتفاع الغير به فحينئذ تكون النفقة على المنتفع، كالمولي إذا زوج أمته ولم يبوئها بيتًا كانت نفقتها على المولى، فإن بوأها مع الزوج بيتًا كانت نفقتها على الزوج، ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها، ومنفعتها لآخر كانت مثل العبد سواء لاستوائهما في المعنى.

وأما لو أوصى بالرقبة فقط دون المنفعة لأجنبي، وترك المنفعة ملكًا للورثة، فهذا لا يجوز؛ وذلك لأن المنفعة لا تقبل التوريث، فهو؛ أي المالك الأصلي، قد ملك الرقبة لشخص ولم يترك لهم منها إلا المنفعة، وهي لا تحتمل التوريث؛ لأنها ليست مالًا في الأصل، بل هي عرض فلهذا لا يجوز[1].

***

● (مادة ١٩): يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع[2] المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه[3] من الواجبات[4].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن مراعاة شروط المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع؛ وذلك في إطار حديثه عن ملكية المنافع.

وقصر المؤلف هذه المادة على شرط المتبرع فيه نظر؛ وذلك لأن الأَوْلَى التكلم عن شروط المالك الأصلي، الذي ملَّك المنفعة سواء ملكها بعوض أو بغيره؛ وذلك لاستواء

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٧/ ١٨٤، العناية : ١٠/ ٤٨٩.

(٢) هذه المادة تطابق (المادة ١٠٠٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ومن له حق الانتفاع بملك غيره سواء ملكه بعوض أو بغير عوض يثبت له استيفاء الحق المخول له على مقتضى الشروط المذكورة في العقد، وليس للمالك منعه إلا إذا خالف شرطًا من شروط العقد مخالفة مضرة؛ فإن كانت المخالفة غير مضرة بأن كان الحق الذي يستوفيه مثل المخول له بنصِّ العقد أو أخف منه فله استيفاؤه. فالمنتفع له حقوق وعليه واجبات فكما يجب أن يأخذ الحقوق يلزمه القيام بالواجبات الثابتة عليه حتى إذا قصر في أداء شيء منها وهلك المتنفع به ضمن.

(٤) راجع : مواهب الجليل : ٥/ ٤١٧، حاشية الدسوقي : ٣/ ٤٣٩، أسنى المطالب : ٢/ ٤١٥، ٤١٦، كشاف القناع: ٣/ ٥٤٨.

تعلق حقه في ملكية الرقبة باستعمالهما، وكان الأجدر أن يخص الحديث عن مراعاة شروط المالك في عقود تمليك المنافع بعوض؛ لأنها عقود لازمة بخلاف التي بغير عوض، فهي غير لازمة، فالجهالة فيها لا تضر فلا تؤدي إلى المنازعة بخلاف العقود اللازمة؛ لأن الجهالة فيها تؤدي إلى المنازعة مما يفسدها.

وعلى كل حال؛ فان تمليك المنفعة - بعوض وبغيره - قد يكون فيما يختلف باختلاف الاستعمال وقد يكون فيما لا يختلف فان أطلق مالك الرقبة - المعاوض أو المتبرع - العقد ولم يقيده بشرط سواء كان يختلف أو لا يختلف فلمالك المنفعة أن يستعملها كيف يشاء سواء ملكها بعوض أو بغير عوض، ولكن هذا الإطلاق ينصرف إلى المعتاد وبه لا يدخل غيره في العقد إلَّا بالتسمية أو بالرضا، فهو؛ أي العقد (عقد تمليك المنافع) يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا.

فمثلًا فيما لا يختلف بالاستعمال لا اعتبار بقيده؛ لأنه لا يفيد سواء ملك هذا الاستعمال بعوض أو بغير عوض؛ فالدار إذا استأجرها رجل من رجل سنة بكذا، ولم يسم الذي يريدها له فهو جائز؛ لأن المقصود معلوم بالعرف فإنما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك. والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، وله أن يسكنها ويسكنها من شاء؛ لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس؛ ولأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال؛ يعني الوضوء، وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك؛ لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادة فهي من توابع السكنى، والمعتاد منه لا يضر بالبناء[1].

أمَّا فيما يختلف باختلاف الاستعمال كالثوب والدابة فلا بد من مراعاة قيده؛ لأنه مفيد. فإن أطلق أركب وألبس من شاء؛ أي إن أطلق له الركوب أو اللبس جاز له أن يركب الدابة ويلبس الثوب. والمراد بالإطلاق أن يقول على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء؛ لأنه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز إلا بالتعيين، أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء. وأما إذا لم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ما يشاء فسدت الإجارة للجهالة. فلو أركبها أو ركب

(١) راجع: المبسوط: ١٥/ ١٣٠، بدائع الصنائع: ٤/ ١٨٣، تبيين الحقائق: ٥/ ١٤٤، العناية: ٩/ ٨٤، الجوهرة: ١/ ٢٦٢، فتح القدير: ٩/ ٧٩، البحر الرائق: ٧/ ٣٠٤، رد المحتار: ٦/ ٢٨، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٦.

بنفسه أو ألبس أو لبس وجب عليه المسمى استحسانًا، وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد. وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال فيزول الفساد؛ لأنَّا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه إذا هلكت العين؛ لأنه غير متعدٍّ لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره، بخلاف ما إذا عُين له من يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن؛ لأنه صار مخالفًا. ولو قال على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه لم يضمن. ولو قال يركب أو يلبس بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره؛ لأنه تعين مرادًا من الأصل فصار كأنه نصَّ عليه من الابتداء، ذكره في الكافي.

إلا إن إطلاقه هذا ينصرف إلى المعتاد، وبه لا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو بالرضا، فهو يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًا. فمن استأجر دابة ولم يقيدها مالكها فله أن يفعل ما يشاء فيحمل ويركب ويركب من شاء إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق مثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يُستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًا كما ذكرنا.

وأمَّا إذا قيد مالك الرقبة الاستعمال بقيود فيلزم على مالك المنفعة أن يراعي القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، والعبرة في قبول القيد كثرة التفاوت وعدمه، فتقييد ما لا يختلف باختلاف المستعمل لا فائدة منه لعدم التفاوت فلا عبرة بقيده، إلَّا أن تضر بالعين التي يملكها.

فمثلًا ليس له أن يسكن حدادًا أو قصارًا؛ لأنه يوهن البناء، فلا بد من اعتبار قيده هنا. وعليه أن يلتزم وإلا ضمن. والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه؛ فذلك لا يصير مستحقًّا للمستأجر بمطلق العقد إلا أن يشترطه، وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد؛ لأن السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد، وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتابة أو الخبز في المبيع، فلا يصير مستحقًّا إلا بالشرط.

وأما تقييد ما يختلف باختلاف الاستعمال فلا بد من اعتبار قيد مالك الرقبة؛ لأن التعيين متى أفاد اعتبر، ولا يتعداه. فإن تعداه وهلك ضمن؛ لأنه صار غاصبًا، وإذا لم يصبه شيء فلا أجرة لصاحب الرقبة؛ لأنه - المستأجر - لم يستوف المعقود عليه، كمن استأجر دابة

ليركبها ليس له أن يركب غيره، وإن فعل ضمن؛ لأن هذا تعيين مفيد؛ فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة. وليس ذلك من قبل الثقل والخفة، بل من قبل العلم والجهل؛ فالثقيل الذي يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه، والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه، فإن حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب غير مستوفٍ للمعقود عليه، وإن ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد، فإذا سلمت سقطْ اعتبار الزيادة، وعليه كمال الأجر لاستيفاء المعقود عليه؛ وإن عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الأجر كله لاستيفاء المعقود عليه؛ فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف، ووجوب الأجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة؛ لأنه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنًا. وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين، فإن كان يعلم أنها لا تطيق ذلك، فهو ضامن لجميع قيمتها؛ لأنه متلف لها. وأما إذا كانت تطيق؛ فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين، وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف.

وكذا إذا استأجر ثوبًا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره، وإن فعل ضمن؛ لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في إلباسه غيره، وإن لم يصبه شيء فلا أجر له؛ لأن المعقود عليه ما يصير مستوفيًا بلبسه، فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد. ألا يرى أنه لو استأجر ثوبًا بعينه ثم غصب منه ثوبًا آخر فلبسه لم يلزمه الأجر، فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره؛ لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس، فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه؛ وذلك لا يكفي لوجوب الأجر عليه، كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه. قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده، فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن، فأمَّا إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكمًا، ألا ترى أنه ضامن، وإن هلك من غير اللبس، فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس، ولا يكون إلَّا بطريق تفويت يده حكمًا فلهذا لا يلزمه الأجرة وإن سلم[1].

جملة الكلام فيه أن عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان مطلقًا، وإما إن كان مقيدًا، فإن كان مطلقًا بأن أعار دابته إنسانًا ولم يسم مكانًا ولا زمانًا ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء. وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق

---

(١) راجع : تبيين الحقائق : ٥/ ١١٦، البحر الرائق : ٨/ ١٤، المبسوط : ١٥/ ١٧١، بدائع الصنائع : ٤/ ٢٠٧، الجوهرة : ١/ ٢٦٣، درر الحكام : ٢/ ٢٢٩١، البحر الرائق : ٧/ ٣٠٨، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٧٨، رد المحتار : ٦/ ٣٥.

أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقًا، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها، إلَّا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يُستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا.

وله أن يعير العارية عندنا، سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا؛ لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير، فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفًا في ملك نفسه، إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا، فإن آجر وسلم إلى المستأجر ضمن؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبًا، فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر، فإن كان عالمًا بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالمًا بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورًا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان الكفالة في الحقيقة.

وإذا كان عالمًا لم يصر مغرورًا من جهته فلا يرجع عليه. وهل يملك الإيداع؟ اختلف المشايخ فيه؛ قال مشايخ العراق: يملك، وهو قول بعض مشايخنا؛ لأنه يملك الإعارة فالإيداع أَوْلَى؛ لأنها دون الإعارة. وقال بعضهم: لا يملك استدلالًا بمسألة مذكورة في الجامع الصغير؛ وهي أن المستعير إذا ردَّ العارية على يد أجنبي ضمن. ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن. وإن كان مقيدًا، فيراعى فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيْد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، فيراعى عند الإطلاق فيما وراءه.

بيان هذه الجملة في مسائل: إذا أعار إنسانًا دابةً على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره، وكذلك إذا أعاره ثوبًا على أن يلبسه بنفسه، لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره، واعتبار هذا القيد ممكن؛ لأنه مفيد، لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبًا ولبسًا، فلزم اعتبار القيد فيه، فإن فعل حتى هلك ضمن؛ لأنه خالف. وإن ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت، فإن كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعًا يضمن نصف قيمة الدابة؛ لأنه لم يخالف إلَّا في قدر النصف، وإن كانت الدابة

مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها؛ لأنه استهلكها. ولو أعاره دارًا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره؛ لأن المملوك بالعقد السكنى، والناس لا يتفاوتون فيه عادةً فلم يكن التقييد بسكناه مفيدًا فيلغو، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حدادًا أو قصارًا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء، فليس له أن يسكنها إياه، ولا أن يعمل بنفسه ذلك؛ لأن المعير لا يرضى به عادة، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الإجارة. ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير، فكان اعتبار القيد مفيدًا فيعتبر. ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة؛ فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرًا أو دخنًا أو أرزًا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانًا.

والقياس أن لا يكون له ذلك، حتى إنها لو عطبت لا يضمن استحسانًا، والقياس أن يضمن، وهو قول زفر؛ لأنه خالف، وجواب الاستحسان أن هذا وإن كان خلافًا صورة فليس بخلاف معنى؛ لأن المالك يكون راضيًا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدًا، وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره، فإنه لا يكون مخالفًا حتى لا يضمن، كذا هذا. ولو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له أن يحمل عليها حطبًا أو تبنًا أو آجرًا أو حديدًا أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف؛ لأن ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر، ولو فعل حتى عطبت ضمن. ولو قال: على أن يحمل عليها مائة من قطن فحمل عليها مثله من الحديد وزنًا فعطبت يضمن؛ لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة، فكان ضرره أقل من الحديد؛ لأنه يكون في موضع واحد، فكان ضرره بالدابة أكثر، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضا بأعلاهما، فكان التقييد مفيدًا فيلزم اعتباره. ولو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك، فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها، يضمن جميع قيمتها؛ لأن حمل ما لا تطيق الدابة إتلاف للدابة، وإن كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة. حتى لو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا فعطبت يضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمتها؛ لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر. ولو قيدها بالمكان، بأن قال: على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به، وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء؛ لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان فبقي مطلقًا فيما وراءه، لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان، حتى لو جاوزه دخل في ضمانه. ولو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان،

حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالِك يضمن؛ وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وكان يقول أولًا: يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ورجع، ووجه الفرق بين العارية الوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة. وكذلك لو قيدها بالزمان بأن قال: على أن يستعملها يومًا يبقى مطلقًا فيما وراءه، لكنه يتقيد بالزمان، حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن، لما قلنا. وكذلك لو قيدها بالحمل. وكذلك لو قيدها بالاستعمال، بأن قال: على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن؛ لأن الإمساك منه خلاف؛ فيوجب الضمان، ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها، فالقول قول المعير؛ لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير، فكان القول في المقدار والتعيين قوله، لكن مع اليمين دفعًا للتهمة[1].

وعليه فلو قيد الإعارة بوقت، وهذا في تمليك المنافع بغير عوض - مَحل المادة - فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز ما سماه. وإن أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء؛ لأنه يتصرف في ملك الغير، فلا يملك إلَّا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو إطلاق. ثم لا يخلو إما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما، فإن كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب أو ثوبًا للبس ولم يسم شيئًا كان له أن يلبس ويركب بنفسه، وله أن يعير ما لم يلبس هو ولم يركب. فإذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح؛ لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديًا، ذكره في الكافي، وقال سواء كان المستعار شيئًا يتفاوت الناس في الانتفاع به، كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعله كالإجارة. فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل؛ كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء وألبس الثوب من أشاء كما حمل الإطلاق الذي ذكره في الإجارة على هذا. وإن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينًا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل، كالركوب وأخواته. وللمسمى أن يفعل في أي وقت شاء، وإن كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء؛ لأن التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد.

وإن كانت مقيدة بالوقت تقيدت به، حتى لا يجوز له أن ينتفع بها إلا في الوقت المعين، ومن حيث الانتفاع؛ فهي باقية على إطلاقها؛ فيجوز له مطلقًا فيما يختلف بالمستعمل

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦.

وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت. وإن كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بينًا في المقيد بالانتفاع. ثم كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له أن يخالف إلى ما هو خير منه، أو إلى مثله، كما إذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثلها أو دونها في الضرر، واختلفوا في إيداع المستعير.

قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقًا - منهم: الكرخي - واستدلوا عليه بمسألة ذكرها في الجامع أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك إلا إيداعًا منه.

قال الباقلاني هذا القول أصح؛ لأن الإيداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصدًا، فلا يجوز بخلاف الإعارة؛ لأنه تصرف في المنفعة قصدًا وتسليم العين من ضروراته فافترقا، وأكثرهم على أنه لا يجوز؛ منهم مشايخ العراق، وأبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والصدر الكبير برهان الأئمة؛ لأن الإيداع دون الإعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية، فإذا ملك الأعلى فأَوْلَى أن يملك الأدنى. قال ظهير الدين المرغيناني: وعليه الفتوى[١].

وهذه المادة تتفق مع ما جاء في المادة رقم (١٠٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنص على أن يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع[٢].

***

● **(مادة ٢٠) : من استحق بعقد وصية غلة أرض أو بستان، فله الغلة القائمة وقت موت الموصي والغلة التي تحدث في المستقبل فينتفع بها مدة حياته إن نصَّ في العقد على الأبد أو أطلق بدون تعيين مدة، ولو أوصى بثمرته وأطلق فله الثمرة القائمة فقط دون ما يحدث. وإن قيِّدت بمدة، فله الانتفاع بالغلة والثمرة إلى انقضاء تلك المدة، وبعدها تُرَد الغلة والثمرة**

---

(١) راجع : تبيين الحقائق : ٥/ ٨٧، البحر الرائق : ٧/ ٢٨٢، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٥٠، رد المحتار : ٥/ ٦٨١، المبسوط : ١١/ ١٤٢، بدائع الصنائع : ٦/ ٢١٦.

(٢) هذه المادة تطابق (المادة ٩٨٦) من مشروع القانون المدني المصري، وتطابق (المادة ١٢٥١) من التقنين العراقي، وتطابق (المادة ١٢٠٧) من التقنين الأردني، وتطابق (المادة ٩٤٥) من التقنين الكويتي.

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ١٠٠٠)، ص ٤٠٤.

إلى من له الرقبة.

والمراد بالغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها[1]..........................

(١) عبارة الوصية بالمنفعة ليست معينةً شرعًا؛ بل يجوز أن تكون بأي لفظ يفيد ذلك فإذا أراد شخص أن يملك غيره بعد وفاته منفعة عين من أملاكه، فإما أن يأتي بلفظ المنفعة أو الغلة أو الثمرة أو السكنى فيما يصلح لها. فإن كان الأول ثبت له حق الانتفاع بها أراد كما يقتضيه العقد، وإن كان الثاني بأن قال: أوصيت لفلان بغلة أرضي (مثلًا). فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال:

الأول: أن يطلق بأن يقول أوصيت لزيد بغلة أرضي الفلانية.

الثاني: أن ينص في الوصية على التأبيد بأن يقول أوصيت لعلي بغلة بيتي أبدًا أو ما عاش.

الثالث: أن ينص على مدة معينة.

فإن كان الأول أو الثاني؛ فللموصي له حق الانتفاع بالعين الموصى بها مدة حياته ثم ترد العين لمن يملكها سواء كانت للورثة أو للموصى له بها.

وإن كان الثالث، فإمَّا أن تكون المدة غير معينة، وإمَّا أن تكون معينة:

فإن كان الأول بأن قال: أوصيت لإبراهيم بأرضي الفلانية عشر سنين. استحق الموصى له غلة الأرض الموصي بها تلك المدة بعد موت الموصي؛ لأن التمليك خاص بهذا الزمن فلا يشمل غيره.

وإن كان الثاني بأن قال: أوصيت بغلة بيتي سنة (١٣٢٤هـ). ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية بسبب مضي الوقت المعين لها. وإن مات قبل مضيها ثبت للموصى له حق السكنى مدة السنة كلها، وإن مات بعد مضي بعضها فله الحق في السكنى فيما بقي منها. ومحل ذلك إن كان العدد مصرحًا به في الوصية. أما إذا لم يصرح به، كما إذا قال: أوصيت لفلان بغلة أرضي الفلانية سنين. فإن الموصى له يستحق غلة الأرض ثلاث سنين لا غير؛ لأن لفظ سنين جمع، فيشمل ثلاث سنين وما فوقها، ولكن المحقق هو ثلاث سنين فقط فيحمل عليه دون غيره؛ لأنه مشكوك فيه والأحكام يتبع فيها اليقين بقدر ما يمكن.

وإن كان الثالث؛ وهو ما إذا كانت الوصية بالثمرة، فإن قال: أوصيت بثمرة بستاني لزيد فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال أيضًا: إمَّا أن ينص على التأبيد بأن يقول: أوصيت بثمرة بستاني لعلي أبدًا، وإما أن يعين مدة معلومة بأن يقول: أوصيت لفلان بثمرة بستاني سنة، وإمَّا أن يطلق بأن يقول: أوصيت بثمرة بستاني لبكر.

فإن كان الأول؛ فللموصى له حق أخذ ثمرة البستان مدة حياته.

وإن كان الثاني استحقها المدة المعينة.

وإن كان الثالث بأن قال أوصيت لفلان بثمرة شجري، فإما أن يكون في الشجر ثمر وقت موت الموصي أو لا. فإن كان الأول استحق الموصى له الثمرة الموجودة لا غير. وإن كان الثاني فللموصى له الثمرة مدة حياته؛ إذ الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة في صورة الإطلاق؛ لأنه في الوصية بالغلة يملك الغلة مدة حياته، كما لو نص على الأبد بخلاف الوصية بالثمرة.

والفرق بينهما أن الثمرة اسم للموجود عرفًا، فلا تشمل المعدوم إلَّا بدلالة زائدة مثل النص على الأبد، بخلاف الغلة فإن المراد منها كل ما يحصل من ريع الأرض كأجرتها وحاصلاتها وثمرة البستان؛ فإنها تشمل عرفًا الموجود وما يكون منتظر الوجود مرة بعد أخرى، فإذا أطلقت شملت الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى. وأمَّا الثمرة؛ فإنها إذا أطلقت فلا تتناول إلا الموجود فلا تشمل المعدوم إلا بدليل زائد، وذلك الدليل يكون قرينة على استعمالها في المعدوم مجازًا، فإذا كان في الشجر ثمرة وقت موت الموصي صار مستعملًا في حقيقته لعدم وجود دليل يدل على المجاز، وإذا لم يكن فيه ثمر كانت القرينة دالة على إرادة المعدوم مدة حياته.

وثمرة البستان[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة استحقاق المنفعة (الغلة) بعقد وصية سواء أطلق المدة مالك الرقبة أو يقيدها، وهذه المادة تعتبر بمثابة تفصيل ما جاء في المادة السابقة. وقبل أن أتكلم عن هذه المادة نشير إلى أن المالك قد يطلق عقد وصية المنافع إلى الأبد، فينتهي بموت المنتفع، أو يقيدها بوقت فينتهي بانتهائه كما سبق.

والغلة هي كل ما يحصل من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك، وقد أغلت الضيعة فهي مغلة؛ أي ذات غلة كما في المغرب.

والثمرة في قوله ﷺ: « لا قطع في (ثمر) ولا كثر »: يعني الثمر المعلق في النخل الذي لم يجذ ولم يحرز. كما في المغرب.

والوصية بالغلة تختلف عن الوصية بالثمرة؛ فالوصية بالغلة تنصرف إلى الموجود، وإلى ما يحدث سواء قال: أبدًا أو لم يقل؛ لأن اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعًا، فأما الثمرة، فهي اسم للموجود حقيقة ولم يتناول الحادث إلا مجازًا.

وعليه فلو أوصى بغلة وأطلق أو قال أبدًا فله الغلة الموجودة القائمة وقت موت الموصي والغلة التي تحدث في المستقبل.

وذلك لأن اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعًا فينتفع بها مدة حياته؛ لأنه نص في العقد على الأبد أو أطلق بدون تعيين مدة، ثم تعود إلى ورثة المالك أو مالك الرقبة الموصي له بها. أما إذا أوصى بثمرة وأطلق بدون تعيين مدة فله الثمرة الموجودة وقت موت الموصي فقط دون ما يحدث؛ لأنها - أي الثمرة - اسم للموجود حقيقة ولم يتناول الحادث إلا مجازًا؛ لأن اللفظ إذا صار مستعملًا في حقيقته ينتفي المجاز عنه، وإذا لم يكن في البستان ثمرة عند موت الموصي فلم يستعمل اللفظ في حقيقته فيجب استعماله في المجاز، ويكون له ما يحدث من الثمار ما عاش بمنزلة الغلة.

إذا استحق الحادث في الوصية بالثمرة، ثم مات الموصى له، فإن مات قبل أن تحدث الثمرة بطلت وصيته؛ لأن الثابت له حق الاستحقاق، وذلك لا يورث عنه. وإن كان موته بعد

=وبما أنك قد علمت أن الفارق بين الثمرة والغلة في صورة الإطلاق إنما هو العرف فيتبع؛ فلو كان العرف غير ذلك اتبع؛ لأن العرف في الشرع له اعتبار. ولا يخفى أن الموصى له لا يستحق الانتفاع بالعين الموصى بها في عموم ما تقدم، إلا إذا كانت العين تخرج من ثلث تركة الموصي كما سيأتي مفصلًا في المادة الخامسة والعشرين المبين فيها أحكام الوصية بالسكنى.

(١) راجع : منح الجليل : ٩/ ٥٠٨، كشاف القناع : ٤/ ٣٧٣.

ما أثمر البستان فتلك الثمرة لورثته؛ لأن تلك العين صارت مملوكة له فيخلفه وارثه فيها (ألا ترى) أنه لو كان باعه في حياته وأخذ ثمنه جاز بيعه، وكان الثمن لورثته بعد موته.

فإن كان قال: أبدًا فله الموجود والحادث أبدًا جميعًا في الفصلين؛ لأنه في التنصيص على التأبيد عم الإيجاب الحادث والموجود، ولو أوصى بالغلة والثمرة ووقَّت مدة، فله الانتفاع بالغلة والثمرة إلى انقضاء تلك المدة، وبعدها تُرَد الغلة والثمرة إلى من له الرقبة.

وإذا أوصى بثمرة بستانه، ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها. وإن قال له ثمرة بستاني أبدًا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش. وإن أوصى له بغلة بستانه، فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل. فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائمًا، وبالثمرة لا يستحق إلَّا القائم، إلا إذا زاد أبدًا، فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائمًا، وهو المراد بقوله: وإن زاد أبدًا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه؛ أي إذا زاد في الثمرة لفظة أبدًا صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما. والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفًا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة، مثل التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئًا.

أمَّا الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفًا. يقال: فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأمَّا الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه، وإنما قيده بقوله وفيه ثمرة؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها، فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له. وإنما كان كذلك؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازًا فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملًا في حقيقته فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع بينهما، إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملًا بعموم المجاز، لا جمعًا بين الحقيقة والمجاز[1].

* * *

● (مادة ٢١) : المنقولات الموقوفة؛ كالمكيلات والموزونات إذا جرى العرف بوقفها يجوز بيعها ودفع ثمنها مضاربة أو بضاعة كما تدفع النقود الموقوفة لذلك، ويعطى نماؤها[2]

---

(١) راجع: المبسوط: ٢٨/ ٣، تبيين الحقائق: ٦/ ٢٠٤، العناية: ١٠/ ٤٩١، درر الحكام: ٢/ ٤٤٥، البحر الرائق: ٨/ ٥١٧.

(٢) لا يشترط في الموقوف أن يكون عقارًا، بل كما يصح وقف العقار يصح وقف المنقول، وإن كان العقار يصح وقفه=

للموقوف عليه(١).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن المنقولات الموقوفة، والتي جرى العرف بوقفها بأنها تباع ويدفع ثمنها مضاربة أو غيرها ويعطى نماؤها للموقوف عليه، وهذا من قبيل التصرف في منافع الأعيان الموقوفة.

ونشير إلى أن المنقول لا يوقف قصدًا إلا تبعًا للعقار عند أبي يوسف ومحمد، وقد يثبت من الحكم تبعًا ما لا يثبت مقصودًا، كالشِّرب في البيع، والبناء في الوقف. والحاصل أن وقف المنقول تبعًا للعقار يجوز. وأمَّا وقفه مقصودًا، إن كان كراعًا أو سلاحًا جاز، وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفًا كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف. قال أبو يوسف: لا يجوز. وقال محمد: يجوز، وإليه ذهب عامة المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي، كذا في الخلاصة(٢).

وأمَّا الكراع والسلاح فلا خلاف فيه بين الشيخين وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيَّنَّا من قبل من أن التأبيد شرط، وهو لا يتحقق فيه. وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه؛ منها قوله ﷺ «**فأما خالد، فقد حبس أدرعًا له في سبيل الله تعالى، وطلحة حبس أدرعًا له في سبيل الله تعالى**» ويروى كراعه، وفي المجتبى؛ والمراد من الكراع الخيل والحمير والبغال والإبل والثيران التي يحمل عليها، والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب، ويكون معدًّا للقتال.

وفي المصباح درع الحديد مؤنثة في الأكثر، ويصغر على دريع بغير هاء، على قياس. ويجوز أن يكون التصغير على لغة من ذكر، وربما قيل دريعة بالتاء، وجمعها أدرع ودروع

=مطلقًا، وكذا المنقول إن كان تابعًا للعقار؛ أي سواء تُعُورف وقفه أو لا، وأما إذا وقف مستقلًّا فلا يصح الوقف إلَّا إذا كان وقفه متعارفًا. ولكن لما كان الغرض من الوقف استمرار الانتفاع به بقدر الإمكان، وكان من الموقوف ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدراهم والدنانير أوجدوا طريقة لاستغلالها مع البقاء؛ وهي أن تعطى الدراهم الموقوفة لشخص يتجر فيها ويكون له جزء من الربح بحسب الاتفاق (ويسمى هذا مضاربة) أو لا يأخذ شيئًا من الربح (ويسمى هذا إبضاعًا) ثم يؤخذ جزء من الربح في الأول أو كله في الثاني ويعطى للموقوف عليهم.

والمكيلات والموزونات غير الدراهم والدنانير تباع ويستعمل ثمنها كما استعملت الدراهم والدنانير.

وهناك طريقة أخرى بالنسبة للمكيلات؛ وهي أن يعطى جزء منها لبعض الموقوف عليهم عند الاحتياج لزراعتها ويؤخذ منه بمقدار ما أخذ عند خروج المحصول.

ويظهر أنه لو كان يمكن شراء عقار بالدراهم والدنانير أو بثمن المكيلات والموزونات فلا يعدل عنه؛ لأنه أنفع إذ العقار أبقى.

(١) راجع: منح الجليل: ٨/ ١٠٧، مغني المحتاج: ٣/ ٥٢٦، الإنصاف: ٧/ ٧.

(٢) راجع: العناية: ٦/ ٢١٦، البحر الرائق: ٥/ ٢١٧، رد المحتار: ٤/ ٣٦١.

وأدراع. قال ابن الأثير: هي الزردية، ذكره في الدال المهملة. وأما ما سوى الكراع والسلاح فعند أبي يوسف لا يجوز وقفه؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد فيهما فيقتصر عليه. وقال محمد يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات، واختاره أكثر فقهاء الأمصار، وهو الصحيح كما في الإسعاف؛ وهو قول عامة المشايخ، كما في الظهيرية؛ لأن القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع. وقد حكي في المجتبى هذا الخلاف في المنقول على خلاف هذا، وعزاه إلى السير، فنقل قول محمد بجوازه مطلقًا جرى التعارف به أو لا. وقول أبي يوسف بجوازه إن جرى فيه تعامل.

ومثّل في الهداية ما فيه تعامل بالفأس والمر والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف. قال: وعن نصير بن يحيى: أنه وقف كتبه إلحاقًا لها بالمصاحف وهذا صحيح؛ لأن كل واحد يمسك للدين تعليمًا وتعلمًا وقراءة.

وجوز الفقيه أبو الليث وقف الكتب، وعليه الفتوى. كذا في النهاية ولم يجوزه محمد ابن سلمة، وهو ضعيف. وفي الخلاصة إذا وقف مصحفًا على أهل مسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز، وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد. وفي موضع آخر ولا يكون مقصورًا على هذا المسجد.

وذكر في التحرير في بحث الحقيقة: التعامل هو الأكثر استعمالًا؛ فلذا اقتصر الإمام محمد على هذه الأشياء فخرَّج ما لا تعامل فيه كالثياب والحيوان والذهب والفضة ولو حليًّا؛ لأن الوقف فيه لا يتأبد، ولا بد منه، بخلاف الكراع والسلاح لورود النص بهما. وما ذكرناه للتعامل فبقي ما عدا ذلك على أصل القياس.

وإذا عرفت هذا، فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها. ففي الخلاصة: وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل، قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزًا. وعن الأنصاري، وكان من أصحاب زفر، وفي رواية نسبتها إليه كما في الخانية - فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن، أيجوز ذلك؟ قال: نعم، قيل وكيف؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة، ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه، وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة. قال: فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم، ليزرعوه لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدًا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزًا.

وقال في المنح: ولما جرى التعامل في زماننا في البلاد الرومية وغيرها في وقف الدراهم والدنانير دخلت تحت قول محمد المفتى به في وقف كل منقول فيه تعامل كما لا يخفى؛ فلا يحتاج على هذا إلى تخصيص القول بجواز وقفها بمذهب الإمام زفر من رواية الأنصاري، واللّٰه تعالى أعلم. وقد أفتى مولانا صاحب البحر بجواز وقفها ولم يحك خلافًا. اهـ.

ما في المنح؛ قال الرملي: لكن في إلحاقها بمنقول فيه تعامل نظر؛ إذ هي مما ينتفع بها مع بقاء عينها على ملك الواقف، وإفتاء صاحب البحر بجواز وقفها بلا حكاية خلاف لا يدل على أنه داخل تحت قول محمد المفتى به في وقف منقول فيه تعامل؛ لاحتمال أنه اختار قول زفر وأفتى به.

وعليه؛ فالمنقولات الموقوفة كالمكيلات والموزونات إذا جرى العرف بوقفها يجوز بيعها ودفع ثمنها مضاربة أو بضاعة كما تدفع النقود الموقوفة لذلك، ويعطى نماؤها للموقوف عليه[1].

● (مادة ٢٢): للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التي لا يمكن الانتفاع بها إلّا باستهلاك عينها كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها، وعليه ردُّ مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع، ويكون عليه ضمانها إذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تَعَدِّيه[2] لكونها قرضًا[3].

تكلم المؤلف - رحمه اللّٰه تعالى - في هذه المادة عن حكم انتفاع المنتفع بما لا يمكن

---

(١) راجع: المبسوط: ١٢/ ٤٦، بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢١، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢٨، العناية: ٦/ ٢١٦، الجوهرة: ١/ ٣٣٦، البحر الرائق: ٥/ ٢١٧، ٢١٩، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣٩، رد المحتار: ٤/ ٣٦١، ٣٦٤، فتح القدير: ٦/ ٢١٦، درر الحكام: ٢/ ١٣٧.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وفرَّق الفقهاء بين الإعارة والقرض بأن الشيء المستعار يلزم أن يكون قابلًا للانتفاع به مع بقائه، وأن الشيء المستقرض لا ينتفع به إلا باستهلاكه. ونصوا على أن العبرة في العقود للمعاني والمقصود لا للألفاظ؛ فإذا قال شخص لآخر: أعرتك هذا البيت لتسكن فيه أو هذه الأرض لتزرعها أو هذه الدابة لتحمل عليها كان هذا العقد عارية بلا نزاع لتوافر الشرط المتقدم فتسري على هذا العقد أحكام العارية.

وإن قال أقرضتك هذه الدراهم أو هذا الأردب من القمح مثلًا حمل على القرض بلا شك؛ فيأخذ أحكامه.

أما إذا استعار شخص من غيره شيئًا لا ينتفع به إلا باستهلاكه؛ كالذهب والفضة والمكيلات والموزونات كان هذا العقد قرضًا لا عارية، ولو كان بلفظها؛ لأن العبرة بالمعنى لا باللفظ فتترتب على هذا العقد أحكام القرض لا العارية، وينبني على ذلك أن المستعير لهذه الأشياء الذي هو مستقرض في الحقيقة له أن يستهلك ما استعاره من الأشياء المذكورة ويلزمه رد مثلها أو قيمتها لصاحبها، ولو كان هذا العقد عارية لما جاز له استهلاك الشيء المستعار.

وإذا قبض المستعير الشيء المستعار وهلك قبل الانتفاع به ولو بغير تعدٍّ ضمن مثله. ولو كان عارية لما ضمن؛ لأن الشيء المستقرض يدخل في ملك المستقرض بمجرد قبضه، فيكون مضمونًا عليه بخلاف العارية، فإن الشيء المستعار باق على ملك المعير وهو تحت يد المستعير أمانة، فإذا هلك بغير تعدية فلا ضمان عليه.

(٣) راجع: التاج والإكليل: ٧/ ٢٩٩، تحفة المحتاج: ٥/ ٤٥، كشاف القناع: ٤/ ٦٤.

الانتفاع به إلا باستهلاك عينه من المنقولات كالدراهم، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن انتفاعه بالموقوف من المنقولات والتي جرى العرف عليها بوقفها.

وكما أن الناس في حاجة ماسة لتمليك المنافع بلا أعيانها؛ فلهذا شرع تمليك المنفعة، ولكن يشترط في هذه العقود سواء كانت بعوض أو بغير عوض عدم استهلاك عينها لتعلق حق مالك رقبتها بها، ومن هذا العقود عقد العارية، وفيه تمليك المنافع بلا عوض، ولكن الناس أحوج إلى عقد يبيح لهم استعارة النقود والمنقولات، والتي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، وذلك لقضاء حوائجهم. لهذا أباح الشارع الحكيم استعارة المنقولات من نقود ومكيلات وموزونات وغيرها ومما لا يمكن الانتفاع بها إلَّا باستهلاكها، ووضع لها عقدًا خاصًا بها؛ لأنه لا يصلح أن يسمى هذا العقد بهذه الكيفية إعارة حقيقة؛ لأن محل الإعارة المنفعة لا العين، إلا إذا كان ملحقًا بالمنفعة عرفًا وعادةً، كما إذا منح إنسانًا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادة، فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: « **ألا رجل يمنح أهل بيت ناقة، تغدو بعس وتروح بعس إن أجرها لعظيم** »[1]، وهذا يجري مجرى الترغيب.

وهذا العقد لا ينتفع فيه بالمنفعة، بل بالعين؛ لأنه لا يمكن الانتفاع فيه إلا باستهلاكها، ولا يَمْلِكُ الاستهلاكَ إلا إذا ملكها، فاقتضت تمليكَ عينها ضرورة، وذلك بالهبة أو بالقرض، والقرض أدناهما ضررًا لكونه يوجب رد المثل؛ لأن العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل، وهو يقوم مقام العين، ولهذا صير إليه في ضمان العدوان فاتفقا.

فللمنتفع على هذا أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التي لا يمكن الانتفاع بها إلَّا باستهلاك عينها؛ كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها، وعليه رد مثلها إن كان لها مثل، أو قيمتها إن كان لها قيمة؛ وذلك لأن عينها قد استهلكت فقام بدلها مقامها في العقد وعليه ضمانها إذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تَعَدِّيه لكونها قرضًا.

وهذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بها، فإن بيَّن جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانًا أو مكيلًا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية وأمانة، ليس له أن ينتفع بإهلاكها، فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى[2].

هذه المادة تتفق مع المادة رقم (١٠٠٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة

---

(١) صحيح مسلم: ٢/ ٧٠٧، رقم: ١٠١٩.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥، تبين الحقائق: ٥/ ٨٨، درر الحكام: ٢/ ٢٤٤.

الإسلامية[١]؛ ونصها:

١- إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولًا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم تأمين كاف؛ فإن لم يقدم المنتفع التأمين جاز للمالك أن يطلب بيع المال، وتوظيف ثمنه بالطريقة التي تقرها المحكمة.

٢- وللمنتفع الذي قدم التأمين أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك. وعليه أن يرد مثلها أو قيمتها عند انتهاء حقه في الانتفاع. وله نتاج المواشي، بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بسبب لا يد له فيه[٢].

***

● (مادة ٢٣): إذا مات المنتفع بالمنقولات المتقدم ذكرها قبل أن يردها لصاحبها فعليه ضمان مثلها أو قيمتها[٣] في تركته[٤].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم موت المنتفع بما ذكره في المادة السابقة قبل أن يردها لصاحبها؛ وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حكم انتفاع المنتفع بما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه من المنقولات كالدراهم.

وفي البداية نقول: إنه لا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات، والمعدودات المتقاربة؛ لأنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين ولا إلى إيجاب رد القيمة؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة لاختلاف

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مادة رقم: (١٠٠٧)، ص ٤٠٧.

(٢) هذه المادة تقابل (المادة ٩٩٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

« ١- إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولًا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به؛ فإن لم يقدمها بيع المال المذكور، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها.

٢- وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك؛ وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع. وله نتاج المواشي، بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ ».

(٣) يقول الشيخ محمد زيد الإبياني: المنتفع ما دام له حق الانتفاع فليس لأحد أخذ العين منه، فإن انتهى حق الانتفاع في الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها وجب عليه ردُّها. وإن استهلك الأشياء التي لا ينتفع بها إلا إذا استهلكت ثم قدر على ردِّ مثلها وجب عليه ردُّ المثل. وإن بقيت العين تحت يده حتى مات ولم يردَّها إلى صاحبها فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن تكون العين موجودة في التركة، أو غير موجودة.

فإن كانت موجودة أخذها صاحبها.

وإن كانت غير موجودة أخذ مثلها من تركة المنتفع إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات؛ لأنه مات مجهلًا لها فيضمنها.

(٤) راجع : حاشية الدسوقي : ٣/ ٢٢٧، أسنى المطالب : ٢/ ١٤٤، كتاب كشاف القناع : ٣/ ٣١٧.

القيمة باختلاف تقويم المقومين؛ فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل؛ فيختص جوازه بما له مثل[1]. وهذا المثل لا بد أن يكون في القدر والصفة بالنظر إلى العين المقترضة، فإن عجز عن ردِّ المثل فعليه ردُّ القيمة.

وهذا العقد باعتبار أن محله العين لا المنفعة فللمنتفع على هذا أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها، وعليه ردُّ مثلها إن كان لها مثل أو قيمتها إن كان لها قيمة؛ وذلك لأن عينها قد استهلكت فقام بدلها مقامها في العقد، وعليه ضمانها إذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تَعَدِّيه؛ لكونها قرضًا، كما أنه يضمن مثلها أو قيمتها في تركته كما لو كان حيًّا؛ لأنه لا يسقط بالموت.

وقد خص المؤلف أحكام القرض بكتاب تحت عنوان : كتاب القرض من المادة رقم (٦٨٦) إلى مادة (٦٩٩).

(١) راجع: بدائع الصنائع : ٧/ ٣٩٥ بتصرف.



الباب الرابع
في حق السكنى

(مادة ٢٤) : من استحق سكنى دار موقوفة فله أن يسكنها مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه، وله أن يُسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبيًّا، وبعد موته ينتقل حق السكنى إلى ولده إن كان الواقف قد جعله له، وإلَّا فإلى المصرف الذي[1] جعلها الواقف له[2].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الانتفاع الجائز لمن له استحقاق سكنى دار موقوفة في بداية حديثه عن حق السكنى، فبدأ بسكنى الدار الموقوفة لتمليك المنافع بلا عوض، فمن تملك منافع الموقوف، فإنه يتملكها بلا عوض فينطبق عليه هذه الأحكام، فله - أي المنتفع - بالدار الموقوفة أن يسكنها بنفسه وولده وأهله؛ لأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلَّا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال - يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك - لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادة، فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبناء، وله أن يُسْكِنَها غيره بغير عوض ولو أجنبيًّا، وذلك لأن له الإعارة؛ لأنها بغير عوض فله أن يُمَلِّكها بما تَمَلَّكها به، ولكن ليس له أن يملكها بأكثر مما تملكها به، فليس له أن يملكها بعوض كأن يؤجرها فلا تصح إجارته، لكن الحاكم يؤجرها له أو لغيره فيعمرها بأجرتها قدر ما تبقى على الصفة التي وقفها الواقف، ولا يزيد على ذلك إلَّا برضا من له السكنى؛ لأنها بصفتها صارت مستحقة له، فترد إلى ما كانت.

وذكر الأُسْرُوشَنِيُّ أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز، وإنما يملك الإجارة المتولي

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان الاستحقاق بطريق الوقف، وكان المستحق واحدًا فله أن يسكن الدار الموقوفة بنفسه وله في هذه الحالة أن يُسكن معه أهله وحشمه وخدمه؛ لأنهم تابعون له، فإن أراد إسكان غيره: فإن كان بغير عوض جاز له ذلك، وإن كان بعوض فلا يجوز؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض.

والسبب في ذلك أن المستحق قد ملك المنفعة بدون بدل، وإجارته للغير عقد تمليك ببدل، فهو أقوى من الملك بدونه والإنسان ليس له أن يملك فوق ما ملك.

(٢) راجع : الفواكه الدواني : ٢/ ١٦٢، نهاية المحتاج : ٥/ ٣٩٠، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٤٠٤.

أو القاضي، ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يسترم لا تجوز إجارته، وهذا في الدور والحوانيت.

وبعد موت المنتفع بمنافع العين الموقوفة ينتقل حق الانتفاع منه إلى من نص عليه الواقف بعده، فإن كان ولده - أي ولد المستحق الأول - فله على حسب شرط الواقف، وإلَّا فإلى الجهة التي وقف عليه بعده ولا بد أن تكون جهة لا تنقطع عند الإمام ومحمد؛ لأنه اشترط النص عليها في الوقف وتنصرف إلى المساكين إذا وقفها على جهة تنقطع، وإن لم ينص عليهم عند أبي يوسف؛ لأنه لم يشترط ذكرها؛ ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو الظاهر من حاله، فكان تسمية هذا الشرط ثابتًا دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصًّا[١].

***

● (مادة ٢٥) : من استحق بعقد وصية سكنى دار؛ فإن كانت رقبة الدار تخرج من ثلث مال الموصي فله أن يسكنها بعياله وحشمه وخدمه مدة حياته إن كانت الوصية مطلقة أو منصوصًا فيها على الأبد، أو يسكنها إلى انقضاء المدة إن كانت مدة الانتفاع معينة، وبعد ذلك يرد حق السكنى إلى ورثة الموصي[٢]، فإن لم تخرج رقبة الدار من الثلث فللموصَى له أن يسكن في مقدار ما يخرج من الثلث إن لم تجز الورثة الوصية بالكل، وللورثة الانتفاع بما زاد على ما يخرج من ثلث التركة.

ومع ذلك فليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الدار، ولو اقتسموا الدار مهايأة بحسب الزمان[٣] صح[٤]،..

---

(١) راجع : تبيين الحقائق : ٣/ ٣٢٧، ٣٢٨، العناية : ٦/ ٢١٣، ٢٢٣، الجوهرة : ١/ ٣٣٦، ٣٣٧، فتح القدير : ٦/ ٢٢٣، البحر الرائق : ٥/ ٢٠٣، ٢٣٧، رد المحتار : ٤/ ٣٧٤، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢٠.

(٢) يستفاد حكم فقراتها من أوائل الباب السابع في الوصية بالسكنى إلخ من الهندية، ص ١٢٦.

(٣) من استحق بعقد وصية سكنى دار، فإن كانت رقبة الدار تخرج من ثلث مال الموصي فله أن يسكنها بعياله وحشمه وخدمه مدة حياته إن كانت الوصية مطلقة، أو منصوصًا فيها على الأبد، أو يسكنها إلى انقضاء المدة إن كانت مدة الانتفاع معينة، وبعد ذلك يرد حق السكنى إلى ورثة الموصي فإن لم تخرج رقبة الدار من الثلث فللموصى له أن يسكن في مقدار ما يخرج من الثلث إن لم تجز الورثة الوصية بالكل، وللورثة الانتفاع بما زاد على ما يخرج من ثلث التركة، ومع ذلك فليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الدار، ولو اقتسموا الدار مهايأة بحسب الزمان صح، والأول أعدل.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: المستحق للسكنى إما أن يكون واحدًا أو متعددًا، وعلى كلٍّ فإما أن يكون استفاد هذا الحق بطريق الوصية أو بطريق الوقف.

فإن كان الاستحقاق بالوصية وكان الموصى له واحدًا فله أن يسكن بعياله وحشمه وخدمه بالتفريق بين ثلاثة أحوال: الموصى له على الأبد، كأن يقول: أوصيت بسكنى بيتي لفلان أبدًا، وإما أن يُطْلِق، بأن يقول، أوصيت بسكنى بيتي لفلان، أو أن يذكر مدة معلومة بأن يقول: أوصيت لفلان بسكنى داري خمس سنين.

=وعلى كل من هذه الأحوال الثلاثة؛ فإما أن تكون الدار مساوية لثلث تركة الموصي أو أقل، وإمَّا أن تكون أكثر، وإن كانت أكثر: فإما أن لا يكون للموصي مال سواها، وإما أن يكون له مال غيرها، إلا أن الدار أكثر من ثلث مجموع التركة.

فإن كان الأول أو الثاني وكانت الدار تخرج من ثلث التركة استحق الموصى له سكنى الدار مدة حياته، وبعد وفاته ترد الدار إلى الورثة.

وإن كان الثالث، وهو ما إذا أوصى له بسكنى داره خمس سنين وكانت الدار تخرج من ثلث التركة فللموصى له أن يسكنها المدة المعينة، وبعد مضيها ترد إلى الورثة، وإن كانت الدار أزيد من ثلث التركة ولم يكن له مال سواها ولم تجز الورثة الوصية فللموصى له الحق في سكنى ثلث الدار لا غير، وللورثة الحق في سكنى ثلثي الدار بطريق الميراث الشرعي عن مورثهم، وفي هذه الحالة لا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن تكون الدار غير صالحة لسكنى الورثة والموصى له معًا، وإما أن تكون صالحة لسكناهما معًا في وقت واحد.

فإن كان الأول تعينت السكنى بطريق المهايأة الزمانية لتعذر المهايأة المكانية، والمراد بالمهايأة القسمة المؤقتة.

وإن كان الثاني بأن كانت الدار تسع الموصى له بالسكنى والورثة جاز كل من المهايأة الزمانية والمهايأة المكانية، إلا أن المهايأة المكانية أفضل من المهايأة الزمانية؛ لأن فيها التسوية بينهما زمانًا ومكانًا، فكلٌّ يستوفي حقه مع صاحبه فتحصل المعادلة، بخلاف الأولى فإن فيها تقديم أحدهما على الآخر زمانًا، ويجوز أن يطرأ على الدار خلل يمنع من سكناها بعد نوبة أحدهما، وقبل حصول نوبة الآخر.

وصرح أغلب العلماء بأن الورثة لا يصح لهم أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار لتعلق حق الموصى له بها، لما سبق من أن المهايأة قسمة مؤقتة، فيجوز نقضها لو تعطل ما في يد أحدهما كله أو بعضه فيحتمل أن يتخرب ما في يد الموصى له فيستحق السكنى في ثلث ما في أيديهم إن تخرب كله أو في أقل منه إن تخرب بعضه، فلو جاز لهم بيع ما في أيديهم لضاع هذا الحق. وقال أبو يوسف: يجوز لهم البيع فيلزمهم أن يبينوا للمشتري ذلك الحق، فإذا اشترى مع علمه بهذا الحق يكون قد حلَّ محل الورثة، وهذا هو الظاهر؛ لأنه يترتب عليه عدم حرمان الورثة من التصرف في ملكهم بدون لحوق ضرر بالغير.

هذا كله إذا لم يكن للموصي مال غير الدار، فإن كان له مال سواها، غير أن الدار تزيد عن الثلث استحق الموصى له من سكنى الدار بقدر ما يخرج من ثلث كل التركة، فإن كانت الدار نصف التركة، فللموصى له الحق في سكنى ثلثي الدار؛ لأن الوصية تنفذ من ثلث التركة، ولا شك أن ثلثي البيت يساويان ثلث التركة، فتنفذ الوصية من ثلثيها، وقس على هذا الاعتبار غيره من بقية الاعتبارات.

ومعلوم أن هذا فيما إذا كانت الوصية بالسكنى؛ فإن كانت بالغلة سواء كانت الوصية متعلقة بأرض أو دار فلا يقسم كل منهما بل يؤجر، وتقسم الأجرة باعتبار استحقاق كلٍّ من الموصى له والورثة.

ويعلم من هذا أن الوصية، سواء كانت بالسكنى أو بالغلة ينظر فيها إلى العين الموصى بسكناها أو بغلتها، فإن كانت ذات العين تخرج من الثلث سلمت إلى الموصى له؛ لينتفع بسكناها أو بغلتها حسبما يقتضيه عقد الوصية، وإن لم تخرج منه سلم إليه بقدر ثلث التركة على ما تقدم، وحينئذ يكون اعتبار الوصية بالمنافع مثل اعتبار الوصية بالرقبة.

ونص ابن عابدين على أن في المسألة خلافًا:

فبعضهم ينظر إلى قيمة نفس العين الموصى بمنفعتها، فإن خرجت قيمة الرقبة من الثلث فبها، وإلا فبحسابه كما تقدم، وهذا هو المشهور، ووجهه أن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا استوفى الموصى له المنفعة وبقيت العين على ملك الورثة صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها؛ فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت عليها من أول الأمر.

وبعضهم ينظر إلى المنفعة الموصى بها دون الرقبة فتقدر بها لا غير، وينظر كم تساوي ثم تنسب قيمة المنفعة التي قدرت إلى التركة. =

والأول أعدل[١].

تكلم المؤلف - رحمه اللّه - في هذه المادة عن الانتفاع الجائز لمن له حق السكنى بعقد وصية سكنى - وصية منافع - وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن انتفاع من له حق السكنى في الدار الموقوفة.

وفي البداية نقول: إن ملك الإنسان بعد موته ينتقل إلى ورثته بمرضه مرض الموت وأصبح حقًّا لهم ومتعلقًا بهم، إلا أن الشارع الحكيم بتمليكهم هذا الحق لم يحرم الميت مما يحتاجه من ماله بعد موته؛ بل أباح له الانتفاع بما يحتاج، فله أن يكفن ويجهز من ماله ويقضى دينه، ولو بمقدار التركة كلها وهذا فيما لا بد له منه، وكذلك أباح له أن يتبرع من ماله بعد موته، ولكنه -أي الشارع الحكيم - لم يطلق له هذا الحق فليس له أن يوصي بكل أمواله، بل قيدها بثلث ماله فقط، وما زاد عن الثلث فأمره موكول إلى الورثة فإن أجازوه جاز وإلا لا؛ لأن حقهم في التركة تعلق به؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، فكذلك في الوصية بالمنافع إن كانت رقبتها في حيز الثلث فبها، وإلا فليس للموصى له حق الانتفاع بها إلَّا في حدود الثلث، وهذا إذا لم تجز الورثة الزيادة، فإن أجازتها فله الانتفاع بكامل الوصية، ولا ينظر في الوصية بالمنافع إلى قيمتها في تحديد خروجها من الثلث وعدم خروجها؛ بل ينظر إلى الأعيان التي أوصى بمنفعتها، فإن كانت رقبتها في حيز الثلث جاز، ولا تعتبر قيمة المنفعة (الخدمة والثمرة

= وينبني على هذا الرأي أنه إذا أوصى شخص لآخر بسكنى بيته مدة خمس سنين وليس له غيره، ولم تجز الورثة، فإننا نقوِّم سكنى البيت في هذه المدة وننسب هذه القيمة إلى قيمة البيت، فإن كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت إلى الموصى له لينتفع بسكناه هذه المدة، فلو فرض أن البيت يستأجر في هذه المدة بألف جنيه مثلًا وكانت قيمة البيت تساوي أربعة آلاف من الجنيهات وجب تسليم البيت كله للموصى له لينتفع به المدة الموصى بها، بخلاف الرأي الأول؛ فإنه يقتضي أن لا حق للموصى له إلا في سكنى ثلث البيت؛ أي يسكن في قدر ما يخرج من ثلث التركة باعتبار الرقبة.

ووجه هذا الرأي: أن الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر إنما يكون للموصى به لا غير، وهذا ظاهر إذا كانت المدة معينة، فإن كانت الوصية بالمنفعة قد نص فيها على الأبد أو كانت مطلقة فكيف يكون التقدير على هذا الرأي، ولعل صاحب هذا القول يقدر باعتبار التقريب، فينظر كم سنة يعيش غالبًا الموصى له، فإن مات الموصى له قبل مضي المدة المقدرة أو عقب انتهائها فالأمر ظاهر، وإن زادت مدة حياته عن مدة تزيد فيها المنفعة عن ثلث التركة فلا يسكن إلا بقدر الثلث، والرأي الأول هو المشهور.

هذا إذا كان الموصى له واحدًا، فإن كان متعددًا فستجرى الأحكام التي سترد في شرح المادة السادسة والعشرين، ومع ذلك فليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الدار، ولو اقتسموا الدار مهايأة بحسب الزمان صح، والأول أعدل.

(١) راجع : منح الجليل : ٩/ ٥٦٨، تحفة المحتاج : ٧/ ٦٤، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٤٧٧.

والغلة والسكنى)؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها، فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها، وعليه فمن استحق بعقد وصية سكنى دار فإن كانت رقبة الدار تخرج من ثلث مال الموصي فله أن يسكنها بعياله وحشمه وخدمه مدة حياته وذلك لما ذكرنا؛ لأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلَّا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال - يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك - لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادة، فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبناء، وهذا إذا كانت الوصية مطلقة أو منصوصاً فيها علىٰ الأبد.

ثم ينتقل حق السكنى إلى الموصى له بالرقبة إن كان هناك موصى له بالرقبة، وإن لم يكن ينتقل إلى ورثة الموصي، ولا تنتقل إلى ورثة الموصى له بسكناها - إلا أن ينص على ذلك - لأنها وصية بالمنافع، والمنافع لا تحتمل التوريث، فلا تصح، بل تعود إلى مالك الرقبة من موصى له بها إن وجد، أو إلى وارث إن عدم.

وأما إذا حدد السكنى - الموصي - بمدة معينه فله أن يسكنها إلى انقضاء هذه المدة، وبعد ذلك يرد حق السكنى إلى ورثة الموصي، أو إلى الموصى له بالرقبة، وهذا كما قلنا: إذا كانت الرقبة تخرج من حيز الثلث، فإن زادت عن الثلث فهنا تعلق حق الورثة بها، فإن أجازوها فله - أي المنتفع (الموصى له) - أن ينتفع بها كلها على التفصيل السابق.

وأما إذا لم تجز الورثة فليس له -المنتفع- أن يسكن إلا في مقدار ما يخرج من الثلث، وللورثة الانتفاع بما زاد على ما يخرج من ثلث التركة، فلهم أن يقتسموا الدار معه أثلاثًا أو مهايأة، بتقسيم المنفعة بحسب الزمان كأن يسكن المنتفع شهرًا والورثة شهرين أو على حسب مقدار حق الورثة، وكلاهما جائز، والأول أعدل، وذلك لإمكان القسمة بالأجزاء للتسوية بينهما زمانًا وذاتًا، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانًا وإلا فالمهايأة لا غير.

وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلث الدار مع ثبوت حقهم فيه على الظاهر، لثبوت حقه في سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب ما في يده، فحينئذ يزاحمهم في باقيها والبيع ينافيه فمنعوا عنه، وعن أبي يوسف لهم ذلك.

وكما سبق أن قلنا: ليس لمالك المنفعة بغير عوض بعقد إعارة أو بعقد وصية منافع أو بوقف أن يملكها؛ أي يملك هذه المنفعة إلا بما تملكها هو بها؛ فله أن يملكها بغير عوض

ولكنه لا يملك تمليكها بعوض، فليس له أن يؤجرها[١].

***

● (مادة ٢٦) : إذا تعدد المستحقون في سكنى دار موقوفة عليهم سكناها، وكانت الدار كبيرة ذات مساكن لها أبواب تغلق عليها، جاز للرجال المستحقين أن يسكنوا زوجاتهم معهم، وللنساء المستحقات أن يسكن أزواجهن معهن، فإن كانت الدار صغيرة لا توجد بها أماكن كافية للسكنى فلا يسكنها إلَّا المستحقون من الرجال دون نسائهم، أو من النساء[٢]

---

(١) راجع : بدائع الصنائع : ٦/ ٣٧٠، ٧/ ٣٥٣، ٣٨٧، فتح القدير : ١٠/ ٤١٦، رد المحتار : ٦/ ٦٩٢، ٦٩٤، تبيين الحقائق : ٦/ ٢٠٣، ٢٠٤، العناية : ١٠/ ٤٨٦، الجوهرة : ٢/ ٣٠٠، البحر الرائق : ٨/ ٥١٧، درر الحكام : ٢/ ٤٤٤، مجمع الأنهر : ٢/ ٧١٥.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان المستحق بطريق الوقف متعددًا، فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إمَّا أن تكون الدار الموقوفة فسيحة، ولها مساكن متعددة بحيث يوجد فيها مساكن شرعية تكفي المستحقين، وإمَّا أن تكون ضيقة ومساكنها قليلة.

فإن كان الأول جاز للمستحقين أن يسكنوا الدار ويُسكنوا زوجاتهم معهم، وللنساء أن يسكن أزواجهن معهن أيضًا لعدم الضرر.

وإن كان الثاني بأن كانت الدار غير وافية بالسكنى على نحو ما تقدم، فلا يسكن الدار إلا المستحقون من الرجال دون نسائهم أو من النساء دون أزواجهن؛ لأن سكنى الجميع في غير مسكن شرعي يؤدي إلى اختلاط غير المحارم في محل واحد، وذلك غير جائز شرعًا، ولو فرض أن المستحقين اتفقوا على أن يسكنوا الدار مهايأة كل مع زوجته جاز ذلك.

بقي ما إذا تعدد المستحقون وكانوا مختلفين في الذكورة والأنوثة، وكانت الدار لا تكفي سكنى الجميع على الوجه الشرعي، ففي هذه الحالة يكون لهم الحق في الانتفاع بسكناها مهايأة زمانية، ثم إن الواقف قد يصرح باستحقاق المستحقين في وقفه الغلة والسكنى، وقد يصرح باستحقاقهم الغلة دون السكنى، وقد يصرح باستحقاق السكنى دون الغلة.

فإن كان الأول؛ فلا كلام في أنهم يستحقون الغلة والسكنى، فلهم أخذ ريع العين الموقوفة ولهم أن يسكنوها بأنفسهم، وإن كان الثاني فإن نص في كتاب وقفه على استحقاقهم الغلة دون السكنى، ففيه خلاف بين الحنفية، فقال بعضهم: لا يملكون السكنى؛ لأن الغلة عبارة عن الريع كالدراهم أو الدنانير، والسكنى عبارة عن استيفاء المنافع، فهما متغايران، وقال محمد: من استحق الغلة يستحق السكنى؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود؛ ولأنه لا فرق بين سكنى المستحق وغيره، بل إن سكنى المستحق أَوْلَى؛ لأن سكنى الغير لأجل المستحق، فإذا سكن بنفسه جاز أيضًا، ونص ابن عابدين صحيفة ٥٢٧ جزء ٣ ط ٣ على أن « الشرنبلالي » رجح هذا، وإن كان الثالث وهو ما إذا صرح الواقف باستحقاق السكنى فقط بأن قال: « وقفت داري على عمر ويسكنها » فليس له أن يستأجرها، وقد اتفق الحنفية على ذلك، ووجهه أن المستحق قد ملك المنفعة بدون بدل، وإجارتها للغير عقد تمليك ببدل، فهو أقوى من الملك بدون بدل، والإنسان ليس له أن يملِّك فوق ما ملك.

وقال الشافعي ﷺ: من ملك الغلة فقد ملك السكنى، ومن ملك السكنى فقد ملك الغلة، ووجه ذلك أن المستحق قد ملك المنفعة على كلا التقديرين، ولا فرق في ذلك بين أن يستوفيها بنفسه، أو يملِّكها للغير في مقابلة عوض وبدون بدل، شأن كل مالك يريد التصرف فيما يملكه، وهو الظاهر، ثم إن الموقوف عليه السكنى يستحقها ما عاش، وبعد وفاته ينتقل ذلك الحق إلى أولاده وأولاد أولاده إن نص الواقف في كتاب وقفه على ذلك.

وإن لم يكن الواقف جعل السكنى لأولاده، بل صرفها إلى جهة أخرى تعين صرفها إلى الجهة التي أرادها الواقف؛ لأن=

دون رجالهن[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن انتفاع المستحقين - إذا كانوا أكثر من واحد - للمنفعة (السكنى) في دار موقوفة عليهم، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن انتفاع المستحق وحده سكنى الدار الموقوفة عليه.

وفي البداية يحسن بنا أن تكلم عن وقف المشاع؛ فنقول: وقف المشاع جائز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة وقف المشاع، وذهب أبو يوسف إلى أنه جائز؛ لأن القسمة - عند محمد - من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب، وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه، وهو القسمة فلهذا أجازه، ومن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ، وهم مشايخ بلخ، أخذ بقوله في هذه، ومن أخذ بقول محمد في تلك، وهم مشايخ بخارى، أخذ بقوله في وقف المشاع، وأما إلحاق محمد الوقف - الصدقة المستمرة - بالهبة والصدقة المنجزة في الحال؛ لأنها لا تكون مشاعًا.

وأما أبو يوسف فقد فرَّق بينهم فلم يلحق الوقف بهم لما فيهم من التمليك للغير، وأما الوقف فليس فيه تمليك غير حتى يشترط قبضه، وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه، والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلَّا المسجد والمقبرة والخان والسقاية، ومنعه محمد مطلقًا، وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلَّا المسجد والمقبرة، فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدًا أو مقبرة مطلقًا؛ أي سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ وذلك لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص للَّه تعالى؛ ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر في المقبرة الموتى سنة، ويزرع فيها سنة، وكذا المسجد يصلَّى فيه في وقت، ويتخذ إصطبلًا في وقت، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة، أما ما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتهايأون، وعندهما يقسم، وأجمعوا أن الكل لو كان وقفًا على الأرباب وأرادوا القسمة لا تجوز، وكذا التهايؤ، وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا، فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين، فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط، وإذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين.

= إرادته محترمة شرعًا.

(١) راجع: حاشية الدسوقي: ٤/ ٩٣، نهاية المحتاج: ٥/ ٣٧٩، مطالب أولي النهى: ٤/ ٣٥١.

وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها، ولو زادت على قدر حاجة سكناه، نعم له الإعارة لا غير، فإذا تعدد المستحقون في سكنى دار موقوفة عليهم سكناها، وذلك إن كثر أولادُ هذا الواقف وولدُ ولده ونسلهُ، وكانت الدار كبيرة ذات مساكن لها أبواب تغلق عليها، جاز للرجال المستحقين أن يسكنوا زوجاتهم معهم، وللنساء المستحقات أن يسكن أزواجهن معهن، وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة، إنما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم، وعن هذا يعرف أنه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعًا يكفيه لا يستوجب الآخر أجرة حصته على الساكنين؛ بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لأحدهم ذلك، وإلا ترك المتضيق وخرج، أو جلسوا معًا كل في بقعة إلى جنب الآخر.

وفي القنية: أحد الشريكين إذا استعمل الوقف بالغلبة بدون إذن الآخر فعليه أجر حصة الشريك سواء كانت وقفًا على سكناهما أو موقوفة للاستغلال، وفي الملك المشترك لا يلزم الأجر على الشريك إذا استعمل كله وإن كان معدًّا للإجارة، وليس للشريك الذي لم يستعمل الوقف أن يقول للآخر: أنا أستعمله بقدر ما استعملت؛ لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة. ا هـ. فعلى هذا قول الخصاف: لا يستوجب الآخر أجرة؛ معناه قبل السكنى لو طلب أن يجعل عليه شيئًا، أما بعد السكنى؛ فالأجرة واجبة عليه، وأفاد المصنف من عدم جواز القسمة - أي قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك - أن أرض الوقف لو كانت بين اثنين فاقتسماها فلأحدهما إبطالها، وأنه لو أجر أحدهما حصته فالأجر بينهما، وقيل: للمؤجر، والمسألتان في القنية[1].

***

● (مادة ٢٧) : إذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنى للعمارة[2]، فعمارتها على من له حق السكنى من ماله، ويكون ما يبنيه من ماله ملكًا له ولورثته من بعده، وإن امتنع من تعميرها فللقاضي أن يدفعها لغيره بطريق الإجارة ويعمرها بأجرتها، وبعد مضي المدة يردها[3]

---

(١) راجع : بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢١، العناية : ٦/ ٢١١، الجوهرة : ١/ ٣٣٥، فتح القدير : ٦/ ٢١١، البحر الرائق : ٥/ ٢١٣، ٢٢٥، مجمع الأنهر : ١/ ٧٣٦، رد المحتار : ٤/٣٦٣، درر الحكام : ٢/ ١٣٥.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (١٠١٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ثم إن الدار الموقوفة للسكنى لا تبقى على حالة واحدة؛ لأنها تتغير بمرور الزمان، فيسقط بعض جدرانها وتتكسر بعض أخشابها، وحينئذ لا بد من عمارتها؛ لأن الواجب الحفاظ على بقاء أعيان الوقف على وجه أكمل، بقدر ما يمكن؛ ولذلك نصوا على أنه يبدأ من غلة الوقف بعمارته، ولو لم يشترط الواقف ذلك،=

لصاحب السكنى[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن احتياج الدار الموقوفة لسكنى للعمارة، وذلك بعد حديثه في المادة السابقة عن انتفاع المستحقين بالدار الموقوفة إن كانوا كثيرين، وفي المادة التي تسبقها إذا كان المنتفع واحدًا.

وعلى كلٍّ فلا بد لهذه الدار الموقوفة للسكنى من عمارة تصلح ما فسد منها بكثرة الاستعمال أو سوئه، والمعتاد أن يصلح الإنسان حاجة نفسه، وباعتبار أن الدار الموقوفة ليست ملكًا له، بل له الانتفاع بها مدة معينة ثم يرحل عنها أو مدة حياته وتنزع من أهله إن لم يكن لهم حق فيها غير حق السكنى؛ لأن الانتفاع لا يورث؛ لهذا فلا يعتني كثير من الناس بالدار الموقوفة عليهم، كما أنها قد تعلق بأكثر من شخص، فلا بد من بيان من تلزمه عمارتها، وكذلك حكم امتناعه عن عمارتها، سواء كان امتناعه بعجز أو إهمال.

فنقول: إن قصد الواقف صرف غلة العين الموقوفة للمستحقين مؤبدًا فيلزم أن تبقى العين، ولا تبقى العين - محل الغلة - إلَّا بالعمارة، فثبت شرط العمارة اقتضاء، وإن لم يشترطه؛ وذلك لأن الخراج بالضمان، وصارت عمارة الدار الموقوفة كنفقة العبد الموصي بخدمته على الموصَى له أو الموقوف عليه، فإنه لهما حق سكناها بلا عوض، وعليه فإن كانت الدار الموقوفة لا تدر ربحًا أو دخلًا من الممكن صرفه في عمارتها تكون عمارتها على من له حق سكناها؛ لأن الخراج بالضمان، فالعمارة مختصة بمن له حق السكنى.

= فمشاهدتنا لأعيان الوقف خربة ناشئ من إهمال النظار الذين عهد إليهم القيام بمصالح الوقف؛ ولذلك أوجب الفقهاء على مستحق السكنى أن يعمر الدار الموقوفة عليه للسكنى من ماله متى احتاجت إلى ذلك؛ لأن في العمارة بقاء عينها، ودوام فائدتها؛ ولأن الغرم بالغنم، فإذا أمره القاضي بالعمارة فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إمَّا أن يمتثل ويعمرها أو لا، فإن عمرها فبها وإن لم يعمر ضنًّا منه بالعمارة عليها أو لعجزه عن القيام بعمارتها وجب على القاضي أن ينزعها منه ويؤجرها لغيره ليعمرها بالأجرة، وبعد عمارتها وانتهاء مدة الإجارة يردها القاضي إليه؛ لأن ضرورة أخذها منه قد زالت، والقاعدة أن الضرورة تقدر بقدرها.

وإذا وجدت العمارة سواء كانت من مال المستحق أو وجدت بسبب استئجارها فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إمَّا أن لا يكون للعمارة قيمة إذا هدمت، أو يكون لها قيمة.

فإن كان الأول؛ فلا يكون ما جدده الواقف ملكًا له يورث عنه، بل يكون لجهة الوقف.

وإن كان الثاني بأن يكون لها قيمة بعد الهدم، كالأنقاض فلا يخلو الحال، إمَّا أن تكون الأنقاض من أصل الوقف، وإما أن تكون قد اشتراها المستحق من ماله، أو القاضي من أصل الأجرة، وعلى كل حال فما جدد يكون ملكًا للمستحق يورث عنه؛ لأنه بدل ماله.

أمَّا الأول فظاهر، وأما الثاني فلأن الأجرة بدل المنفعة وهي مستحقة له فكذا بدلها، اللَّهم إلَّا إذا صرح بأن العمارة لجهة الوقف، فإنها حينئذ تكون وقفًا، لا ملكًا، فلا تورث عنه.

(١) راجع: شرح مختصر خليل: ٧/ ٣، أسنى المطالب: ٢/ ٤٧٢، مطالب أولي النهى: ٤/ ٣٤٤.

وأمَّا ما يبنيه من له السكنى من ماله الخاص فهو ملك له ولورثته من بعده، إلا أن يضر فصل ملكه بالبناء أو يعجز أن يستقل بما بناه؛ فإن رمَّ حيطان الدار الموقوفة بالآجر أو جصصها أو أدخل فيها جذوعًا ثم مات، ولا يمكن نزع شيء من ذلك إلا بالإضرار بالبناء فليس للورثة أخذ شيء من ذلك، ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده أن يضمن لورثته قيمة البناء، فإن أبى أوجرت الدار، وصرفت الغلة إلى ورثة الميت بقدر قيمة البناء، فإذا وفت غلته بقيمة البناء أعيدت السكنى إلى من له السكنى، وليس لصاحب السكنى أن يرضى بقلع ذلك وهدمه، وإن كان ما رَم الأول؛ مثل تجصيص الحيطان أو تطيين السطوح أو ما أشبه ذلك ثم مات الأول فليس للورثة أن يرجعوا بشيء من ذلك، ألا ترى أن رجلًا لو اشترى دارًا وجصصها وطين سطوحها ثم استحقت الدار لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة الجص والطين، وإنما يكون له أن يرجع بقيمة ما يمكنه أن ينقضه ويسلم نقضه إليه.

وفي القنية: لو وقف دارًا على رجلٍ وأولاده وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقطعوا فإلى الفقراء، ثم بنى واحد من أولاد أولاد الموقوف عليهم بعض الدار الموقوفة، وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر؛ فطلب الآخر منه حصته ليسكن فيها فمنعه منها حتى يدفع له حصة ما أنفق فيها ليس له ذلك، والطين والجص صار تبعًا للوقف، وله أن ينقض الآجر، وإنما ينقض الآجر إذا لم يكن في نقضه ضرر بالوقف، كمن بنى في الحانوت المسبل فله رفعه إذا لم يضر بالبناء القديم، وإلَّا فلا.

وأما إذا امتنع من له حق السكنى من تعميرها، فللقاضي أو المتولي أن يدفعها لغيره بطريق الإجارة، ويعمرها بأجرتها، وبعد مضي المدة يردها لصاحب السكنى؛ لأن في ذلك رعاية للحقين؛ حق الوقف وحق صاحب السكنى؛ لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلًا، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة، ولا يكون امتناعه رضًا منه ببطلان حقه؛ لأنه في حيز التردد.

فإن أجرها القاضي أو المتولي وأنفق الأجرة في العمارة؛ فتلك العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، وملك المنفعة كانت مستحقة لصاحب السكنى، فكذا بدل المنفعةً تكون له، والقيم إنما أجر لأجله فلو مات كانت ميراثًا.

وإن كان المشروط له غلة الأرض جماعة رضي بعضهم بأن يرمه المتولي من مال الوقف، وأبى البعض، فمن أراد العمارة عمَّر المتولي حصته بحصته، ومن أبى تؤجر حصته وتصرف غلتها إلى العمارة، إلى أن تحصل العمارة ثم تعاد إليه، وفي التتارخانية: ولو كان الواقف حين

شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها وإصلاحها فيما لا بد لها منه، فالوقف جائز مع هذا الشرط[١]، وظاهره أنه يجبر على عمارتها، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك، فإن قلت: هل يصح بيع العمارة في الأرض الموقوفة؟ قلت: قال في القنية من الوقف: ويجوز شراء عمارة أرض أو دار للمسجد إذا كانت الرقبة وقفًا وإلا فلا.

ويشترط لجواز بيع العمارة في الحانوت والأشجار في الأرض أن لا يلحقها ضرر بالقلع لأملاك الباعة، وفي الوقف لا يشترط، ولو باع بناء واستثنى ما فيه من الخشب أو استثنى ما فيه من اللبن والتراب يجوز إذا اشتراه للنقض.

وفي القنية: دار السكنى للإمام هدمها وبناها لنفسه وشفعها من الخشب القديم لم يكن له بيع البناء إن بناها كما كانت، لو وقف دار إمام مسجد يسكنه بشرائطه، ثم أخذ يؤم بنفسه ليس له أن يأخذ أجرتها.

هذه المادة تتفق مع ما جاء في المادة (١٠١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها:

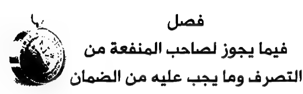
١- « يلتزم صاحب حق السكنى بإجراء ما تحتاج إليه الدار من إصلاح، وتكون المباني التي يقيمها ملكًا خاصًا له ينتقل إلى ورثته.

٢- فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح، فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح استنزالًا من الأجرة، ويرد الدار في نهاية الإيجار إلى صاحب حق السكنى »[٢].

---

(١) راجع: بدائع الصنائع : ٧/ ٣٩١، البحر الرائق ٥/ ٢٣٥، رد المحتار ٤/ ٣٧٤، ٣٧٥، ٦/ ٦٩٣.

(٢) هذه المادة مستحدثة؛ وهي تطابق المادة (١٢٥٤) من مشروع القانون المدني المصري مع تعديل لفظي، وتطابق المادة (١٢٦٤) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي، وتطابق (المادة ١٢٢٢) من التقنين الأردني، مع اختلاف لفظي.
انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، المادة (١٠١٤)، ص ٤٠٩.



فصل
فيما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف وما يجب عليه من الضمان

● **(مادة ٢٨) : يجب على صاحب المنفعة[١] أن يعتني بحفظ العين المنتفع[٢] بها صيانة لها[٣].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن وجوب اعتناء صاحب المنفعة بالعين المنتفع بها؛ صيانة لها، سواء ملكها بدفع العوض أو ملكها بغير عوض أو أُبيحت له من مالكها أو كان له حق الانتفاع بها باعتبارها ملكية عامة؛ وذلك لأن حقه في الانتفاع بها متعلق بعينها وعينها غير مملوكة له، بل مملوكة لغيره، والاعتداء على حقوق الغير يوجب الضمان؛ لأنها في يده، ويده يد أمانة، فهو مختصٌّ بحفظها، فإن قصَّر في حفظها فهلكت بتعديه ضمن.

وذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهرًا هو العقد والقبض، وكل واحد منهما لا يصلح سببًا لوجوب الضمان، أمَّا العقد؛ فلأنه عقد تبرع أو معاوضة بالمنفعة تمليكًا أو إباحة على اختلاف الأصلين، وأما القبض، فلوجهين: **أحدهما**: أن قبض مال الغير بإذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان؛ وهذا لأن قبض مال الغير بإذنه وحفظه وصيانته عن الهلاك إحسان في حق المالك، قال اللَّه جل شأنه: ﴿ هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ ﴾ [الرحمن: ٦٠]، وقال تبارك وتعالى: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩١]، فدل أن قبض مال الغير بإذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان، والثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعديًا؛ لأنه لا يفوت يد المالك ولا ضمان إلا على المتعدي، قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ [البقرة: ١٩٣] بخلاف قبض الغصب.

ولا خلاف في أن المستأجَر أمانة في يد المستأجِر - فحاله أنه أيضًا أمانة في يد المستعير

---

(١) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يجب على الشخص الذي له حق الانتفاع على العين المنتفع بها أن يعتني بحفظها مثل اعتنائه بحفظ ماله؛ لأنها أمانة عنده، وحكم الأمانات وجوب الحفظ على الأمين، وليست الأعيان كلها متساوية في كيفية الحفظ؛ بل كلٌّ له حالة خاصة به، فلو قصر المنتفع في حفظ العين بحسب الحالة التي تليق بها حتى ضاعت أو هلكت بسبب ذلك التقصير ضمنها.

(٣) راجع: منح الجليل : ٧/ ٥٧، حاشية الصاوي : ٤/ ٤٢، أسنى المطالب : ٢/ ٣٢٨، ٤٢٥، الإنصاف : ٦/ ٧٢، ١١٣، مطالب أولي النهى : ٣/ ٦٩٧.

في حال الاستعمال بالإجماع، فأمَّا في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا - كالدار، والدابة، وعبد الخدمة، ونحو ذلك، حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه، فلا يكون مضمونًا كقبض الوديعة والعارية، وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة(١).

والأجير لا يخلو إما إن كان مشتركًا أو خاصًّا وهو المسمى أجير الواحد، فإن كان مشتركًا فهو أمانة في يده في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه إلَّا في حريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين، ولو احترق بيت الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير، كذا روي عن محمد؛ لأن هذا ليس بحريق غالب، وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به؛ لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر، وهو استحسان، ثم إن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته معمولًا، وأعطاه الأجر بحسابه، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، واحتجا بما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»(٢)، وقد عجز عن ردِّ عينه بالهلاك فيجب ردُّ قيمته قائمًا مقامه.

وروي أن عمر ﷺ كان يضمن الأجير المشترك احتياطًا لأموال الناس، وهو المعنى في المسألة؛ وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب، والغرق الغالب، والسرق الغالب. ولأبي حنيفة: أن الأصل

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٤/ ٢٩، ٢١١.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي من كتاب البيوع، باب ما جاء في العارية، رقم: ١٢٦٦، وقال: حسن صحيح، وأخرجه أبو داود من كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم: ٣٥٦١، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية، رقم: ٢٤٠٠. قال في نصب الراية: أخرجه أصحاب السنن الأربعة، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة عن الحسن عن سمرة، قال: قال رسول اللَّه - صلى اللَّه عليه وآله وسلم -: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه.اهـ.

قال الترمذي: حديث حسن أخرجه أبو داود، والترمذي في البيوع، والنسائي في العارية، وابن ماجه في الأحكام وليس في حديثه قصة الحسن، ورواه أحمد في مسنده، والطبراني في معجمه، والحاكم في المستدرك في البيوع، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري.اهـ. وتعقبه الشيخ تقي الدين فقال: وليس كما قال بل هو على شرط الترمذي.اهـ. قال المنذري: وقول الترمذي فيه: حديث حسن يدل على أنه بَتَّ سماع الحسن عن سمرة.اهـ.

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، وقال فيه: حتى يؤديه بالهاء، قال ابن القطان في كتابه، وهو بزيادة الهاء: موجب لرد العين ما كانت قائمة.اهـ.

وقال ابن طاهر في كلامه على أحاديث الشهاب: إسناده حسن متصل، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر من أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة.اهـ.

أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي؛ لقوله ﷻ: ﴿ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ [البقرة: ١٩٣]، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه؛ ولهذا لا يجب الضمان على المودَع، والحديث لا يتناول الإجارة؛ لأن الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب، وفعل عمر ﷺ يحتمل أنه كان في بعض الأجراء، وهو المتهم بالخيانة، وبه نقول، ثم عندهما: إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده؛ لأن العين إنما تدخل في الضمان عندهما بالقبض، كالعين المغصوبة، فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان.

وإن كان الأجير خاصًا فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعًا، حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن، أما على أصل أبي حنيفة؛ فلأنه لم يوجد منه صنع يصلح سببًا لوجوب الضمان؛ لأن القبض حصل بإذن المالك، وأما على أصلهما؛ فلأن وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحسانًا صيانة لأموال الناس، ولا حاجة إلى ذلك في الأجير الخاص؛ لأن الغالب أنه يسلم نفسه، ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة[1]، فإن أخل بالحفظ فتركه فعليه الضمان؛ لأنه لما قبضه فقد التزم حفظه، وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان، كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

وكذلك إن أتلفها أو أفسدها إذا كان متعديًا فيها بأن تعمد ذلك أو عنف في الدق، سواء كان مشتركًا أو خاصًا، وأمَّا إن لم يكن متعديًا في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده؛ فإن كان الأجير خاصًا لم يضمن بالإجماع، وإن كان مشتركًا كالقصار إذا دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح غرقت السفينة من عمله، ونحو ذلك؛ فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يضمن، وهو أحد قولي الشافعي.

وكذلك فإن منعها - أي العين المنتفع بها - من مالكها بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة، كان متعديًا بالإتلاف معنىً فيضمن؛ لأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

وكذلك لوخالف قيد مالك العين وكان قيده مفيدًا، وذلك بأن كان يختلف باختلاف الاستعمال أو كان يضر بالبناء، وحتى إن كان لا يختلف باختلاف الاستعمال؛ لأنه يصير غاصبًا بتعديه فيضمن إن هلك.

وأما تطيين الدار وإصلاح ميزابها، وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛

(١) راجع : بدائع الصنائع : ٤/ ٢١١، ٢١٢، ٢١٨.

لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك، لكن لا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ذلك؛ لأنه عيب بالمعقود عليه، والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه، لكن للمستأجر أن لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهي كذلك، ورآها فلا خيار له؛ لأنه رضي بالمبيع المعيب، وإصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار، ولا يجبر على ذلك، وإن كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا، وقالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها، وإن امتلأ خلاها ومجراها من فعله؛ فالقياس أن يكون عليه نقله؛ لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله؛ كالكناسة، والرماد، إلا أنهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة؛ إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيبًا في الأرض فنقله على صاحب الدار، فحملوا ذلك على العادة، فإن أصلح المستأجر شيئًا من ذلك لم يحتسب له بما أنفق؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية له عليه فكان متبرعًا[1].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٠٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، والتي تنص: «على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص العادي»[3].

وتقابلها المواد (١٢٥٤) عراقي، (١٢١١، ١٢١٢) مدني أردني، (٩٤٩) كويتي.

***

● (مادة ٢٩) : لمالك المنفعة[4] دون العين بعقد تبرع أو إجارة أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد إذا كان عقد المنفعة مطلقًا غير مقيد بقيد.

فإن كان مقيدًا بقيد، فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو ما دونه، وليس له أن يتجاوزه[5]

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٤/ ٢٠٩، ٦/ ١١٨، الجوهرة النيرة: ١/ ٢٧٣، المبسوط: ١١/ ١٤٥، تبين الحقائق: ٥/ ١١٢، العناية: ٩/ ١١٩، درر الحكام: ٢/ ٢٢٨، البحر الرائق: ٨/ ٣٥، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٤٨.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٠٥)، ص ٤٠٦.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٩٠) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١- «على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد.

٢- وهو مسؤول عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع».

(٤) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الأصل في وجوب الحقوق السابق بيانها - من الحفظ والنفقة على مال الغير - هو حبس العين عنده للانتفاع بها.

=

إلى ما فوقه[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تصرف مالك المنفعة دون عينها، سواء كان مالك رقبتها قد قيد العقد بقيد أو لم يقيده، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة على مسؤولية صاحب المنفعة فقط عن حفظ العين وصيانتها، فالمادة السابقة تناولت وجوب حفظ عينها وهذه المادة تتناول طرق الانتفاع بها مع مراعاة عدم الإخلال بهذا الواجب.

وفي البداية نقول: إن مالك المنفعة دون الرقبة أقل مرتبة من مالك رقبتها؛ وذلك لأن الباقي والدائم هو العين لا المنفعة؛ لأنها - أي المنفعة - عرض لا يبقى زمانين ويقوم بالجوهر، ولأن العين جوهر يبقى ويقوم به العرض؛ ولأن ملك الرقبة يكتسي صفة الدوام وملك المنفعة مؤقت لا يدوم، وملك المنفعة تبع لملك الرقبة إلا إذا أفردها العقد، ومع ذلك فلا بد أن تعود المنفعة مرة أخرى لمالك الرقبة سواء قيدت بمدة فتعود بانقضائها أو أطلقها أو قال: إلى الأبد،

= ولكن ربما يفهم من ذلك أن صاحب حق الانتفاع يجوز له أن ينتفع بالشيء انتفاعًا غير مقيد بقيد ولا محدود بحدٍّ، ولكن الأمر ليس كذلك، بل المنتفع له في كيفية انتفاعه حدود مخصوصة لا يجوز له أن يتجاوزها، وإن تجاوزها خرج عن كونه أمينًا وصار غاصبًا.

وبيانه أن الانتفاع إمَّا أن يكون معينًا ومبينًا في عقد الانتفاع، وإمَّا أن يكون مطلقًا.

فإن كان الأول؛ كأن قال صاحب دابة مثلًا لشخص: أعرتك دابتي لتحمل عليها إردبًّا من القمح مثلًا، جاز له أن يحمل عليها ذلك المقدار من القمح أو ما كان مثله كالفول أو أخف منه كالشعير، ولكنه لا يجوز له أن يحملها أكثر من إردبٍّ من هذه الأصناف، ولا أن يحملها صنفًا آخر يكون أكثر ضررًا في الحمل من القمح؛ مثل الحديد والأحجار، بحيث لو حمل على الدابة مقدارًا من الحديد يساوي في الوزن قدر الإردب من القمح وهلكت الدابة يكون ضامنًا لقيمتها؛ لأنه صار متعديًا بالمخالفة إلى ما هو أكثر ضررًا من الشيء المخول له.

وإن كان الثاني، بأن كان حق الانتفاع مطلقًا غير مبين فيه نوعه؛ كأن قال شخص لآخر: أجرتك أرضي التي بجهة كذا فلصاحب حق الانتفاع - وهو المستأجر - أن يتصرف في منفعة الأرض التصرف المعتاد، فإن كانت الأرض معدة للزراعة في العادة، وأنها إنما تستأجر لتزرع فليس له أن يبني فيها، ومع ذلك فليس للمستأجر أن يزرعها أي زرع شاء؛ بل يتعين عليه أن يزرعها الزرع المعتاد بين الناس.

فلو كان المعتاد بين الناس أن الأرض تزرع ثلثها قطنًا وثلثها برسيمًا وثلثها بقلًا فليس له أن يزرع نصفها قطنًا؛ لأن ذلك أضر من المعتاد الذي يقتضيه العرف، والأصل أن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، فكأن المالك شرط عليه ما يقتضيه العرف، وحينئذ لو زرع الأرض غير ما هو معتاد عرفًا ضمن ما نقصت العين المنتفع بها بسبب ذلك التصرف، بأن يقوِّم أهل الخبرة قيمة العين قبل التصرف وبعده، ويضمن المتصرف الفرق بين القيمتين.

نعم لو كانت مخالفة ما يقتضيه العرف أخف وأنفع للأرض جاز له ذلك؛ لأنها مخالفة إلى خير، ولا فرق في هذه الأحكام بين ما إذا كان حق الانتفاع بعوض أو بغير عوض، إلَّا أنه إذا كان حق الانتفاع بعوض يجوز للمنتفع أن يملِّكه لغيره بعوض وبغير عوض، أمَّا كونه بغير عوض فلأنه أقل من ملكه؛ لأن الملك بعوض أقوى من الملك بدون عوض، وحينئذ يجوز للمستأجر أن يؤجر ويعير؛ لأنه ملك المنفعة بعوض.

(١) منح الجليل: ٧/ ٦٣، ٤٨٥، أسنى المطالب: ٢/ ٤٠٨، ٣٣١، كشاف القناع: ٣/ ٥٤٨، ٤/ ٦٧.

فإنها تعود بموت المنتفع؛ لأنها - أي المنفعة - لا تحتمل التوريث، لهذا كان لمالك الرقبة أن يقيد عقد تمليك المنفعة - سواء بعوض وبغير عوض - بما يراه من القيود التي تحفظ عليه ماله (العين) وحقه، كذلك له أن يطلقها للمنتفع بلا قيود، فإن أطلقها فإن العقد ينصرف إلى المعتاد من تعامل الناس، وإن كانت مما يختلف باختلاف الاستعمال، فإن شرط له أن يستعملها كما يشاء فله أن يُلبس الثوب مَنْ شاء، وأن يُركِب الدابة مَنْ شاء، وأن يحمل عليها ما شاء، بعوض وبغير عوض، وهذا إذا كان قد تملك هذه المنفعة بعوض، فإن كان قد تملكها بغير عوض فإن له أن يملكها بغير عوض ولم يكن له تمليكها بعوض، فالمستأجر له أن يعير وأن يؤجر بخلاف المستعير، فليس له إلَّا أن يعير فقط، وليس له أن يؤجر.

وتصرفه كما قلنا في حدود المعتاد، فهو يتقيد بالعرف والدلالة كما يتقيد نصًّا؛ فمن استأجر دابة ولم يقيدها مالكها؛ بل اشترط عليه أن يفعل فيها ما يشاء، فله أن يفعل ما يشاء، فيحمل ويركب من شاء، إلَّا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق مثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادةً، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا كما ذكرنا.

وأما إذا كان يختلف باختلاف الاستعمال، ولكنه لم يسم ما يفعله فلا هو قَيَّد ولا هو أطلق فالعقد فاسد؛ لجهالة المعقود عليه، فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس، فكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد، فكذلك ترك تعيين اللابس، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن صاحب الثوب يطالبه بإلباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس، وهو يأبى أن يلبس إلا أخشن الناس في ذلك، ويحتج بمطلق التسمية، ولا تصح التسمية مع فساد العقد، وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة، وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز، وعليه الأجر استحسانًا، وفي القياس عليه أجر المثل، وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل، فعليه المسمى استحسانًا، وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد، ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد.

وجه الاستحسان أن المفسد؛ وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال، وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد؛ وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، فإنما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك، ووجوب الأجر

عند ذلك أيضًا، فلهذا أوجبنا المسمى، وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه إن ضاع منه؛ لأنه غير مخالف، سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره، بخلاف الأول فقد عيَّن هناك لبسه عند العقد، فيصير مخالفًا بإلباس غيره.

وأما إذا قيد مالك الرقبة انتفاع ملك المنفعة بقيد فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو ما دونه، وليس له أن يتجاوزه إلى ما فوقه؛ لأنه يلزمه أن يتقيد به؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه.

فما كان لا يختلف باختلاف المستعمل فلا عبرة بقيد مالك الرقبة، إلَّا أن يضر بالعين التي يملكها؛ فمثلًا لو استأجر دارًا فله أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى، ووضع المتاع، وأن يسكن بنفسه وبغيره، وأن يسكن غيره بالإجارة والإعارة؛ لأن المقصود منها معلوم بالعرف؛ فإنما تستأجر الدار للسكنى، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، فله أن يَسْكُنَها ويُسكنها من شاء؛ لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس؛ ولأن سكناه لا تكون إلَّا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها، بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلَّا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال - يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك - لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادةً، فهي من توابع السكنى.

والمعتاد منه لا يضر بالبناء ما خلا الرَّحا أن ينصب فيه أو الحداد أو القصار، فإن هذا يضر بالبناء، فليس له أن يفعله إلا برضاء صاحب البيت، ويشترط عليه في الإجارة، والمراد رحا الماء أو رحا الثور، فأما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه؛ لأن هذا لا يضر بالبناء، وهو من توابع السكنى في العادة، والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقًا للمستأجر بمطلق العقد، إلا أن يشترطه، وما لا يفسد البناء فهو مستحقٌّ له بمطلق العقد؛ لأن السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد، وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتابة أو الخبز في المبيع، فلا يصير مستحقًا إلا بالشرط، وعلى هذا كسر الحطب بالقدر المعتاد منه لا يوهن البناء، فإن زاد على ذلك، وكان بحيث يوهن البناء، فليس له أن يفعله إلَّا برضاء صاحب الدار.

وما كان يختلف باختلاف المستعمل فلا بد من اعتبار قيد مالك الرقبة؛ لأن التعيين متى

أفاد اعتبر، ولا يتعداه، فإن تعداه وهلك ضمن؛ لأنه صار غاصبًا بعد أن كانت يده على العين يد أمانة، وإذا لم يصبه شيء فلا أجرة لصاحب الرقبة؛ لأن المستأجر لم يستوف المعقود عليه، كمن استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره، وإن فعل ضمن؛ لأن هذا تعيين مفيد؛ فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة، وليس ذلك من قبل الثقل والخفة، بل من قبل العلم والجهل؛ فالثقيل الذي يحسن ركوب الدابة يروِّضها ركوبه، والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه، فإن حملْ عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب غير مستوف للمعقود عليه، وإن ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد، فإذا سلمت سقط اعتبار الزيادة، فعليه كمال الأجر لاستيفاء المعقود عليه، وإن عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الأجر كله لاستيفاء المعقود عليه، فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف، ووجوب الأجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة؛ لأنه خالف حين أردف، وشغل نصف الدابة بغيره، فبحسب ذلك يكون ضامنًا.

وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين، فإن كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها؛ لأنه متلف، وأما إذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه، وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين، وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف.

وكذا إذا استأجر ثوبًا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره، وإن فعل ضمن؛ لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في إلباسه غيره، وإن لم يصبه شيء فلا أجر له؛ لأن المعقود عليه ما يصير مستوفيًا بلبسه، فما يكون مستوفىً بلبس غيره لا يكون معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب الأجر، ألا ترى أنه لو استأجر ثوبًا بعينه ثم غصب منه ثوبًا آخر فلبسه لم يلزمه الأجر؟ فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره؛ لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس، فإن قيل: هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه، وذلك يكفي لوجوب الأجر عليه، كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه، قلنا: تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده، فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن، فأمَّا إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكمًا، ألا ترى أنه ضامن وإن هلك من غير اللبس؟ فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس، ولا يكون إلَّا بطريق تفويت يده حكمًا، فلهذا لا يلزمه الأجرة وإن سلم.

العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه: أحدها: أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعًا، وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملًا بإطلاق العقد.

والثاني: أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعيَّن نوع منفعة؛ كالحمل والركوب فليس له أن يتجاوز ذلك عملًا بالتقييد إلا أن يكون ذلك خلافًا إلى خير، أو إلى مثل ذلك، فحينئذ لا يضمن بالخلاف، كما إذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو سمسم أو أرز، أو شيء من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفتها لا يضمن استحسانًا؛ لأنهُ ليس بشرط يفيد اعتباره؛ لأن صاحبه لما رضي بالحنطة كان أرضى بما دونها، وفي القياس يضمن، وهو قول زفر؛ لأنه مخالف، والخلاف إلى مثل ذلك لا يكون خلافًا عند غيره، كما إذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها، أو شرط أن يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن؛ لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدًا، وهذا التقييد لا يفيد.

والثالث: أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع.

والرابع: على العكس، وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع، ففي الوجهين ليس له أن يتجاوز المسمى.

وفي مسألة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع، فلا يتقيد بشيء منهما عملًا بالإطلاق، فإن شاء ركب بنفسه وإن شاء حمل، وإن أعار غيره للحمل جاز؛ لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل، والمستعير يملك الإعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه، وإن أعاره للركوب صح من حيث إنه تعيين للانتفاع والمنتفع؛ لأن جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فإذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لا أنه يملك؛ لأن من استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب، لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوضًا إلى المستعير؛ فإذا عيَّن غيره تعين، حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن، وإليه ذهبَ فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير، وتبعه الصدر الشهيد، وقال شيخ الإسلام المعروفُ بخواهر زاده: إنه لا يضمن؛ لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه؛ فلأن لا يضمن إذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الأولى؛ لأنهُ استعمله بالملك؛ لأنه لو لم يملك لما ملك غيره[1].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٠٠٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

---

(١) راجع: مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٨، ٣٤٩، المبسوط: ١٥/ ١٣٠، ١٦٦، ١٧١، بدائع الصنائع: ٤/ ١٨٣، ٦/ ٢١٦، تبيين الحقائق: ٥/ ٨٦، ٨٧، ١١٥، العناية: ٩/ ٨٤، الجوهرة النيرة: ١/ ٢٦٣، ٣٥١، درر الحكام: ٢/ ٢٢٩، ٢٤٣، البحر الرائق: ٨/ ١٤، ٧/ ٢٨٢، ٣٠٤، رد المحتار: ٥/ ٦٨١.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (٩٨٨) من مشروع القانون المدني المصري، وتطابق المادة (٩٤٧) من التقنين الكويتي، والفقرة =

١ - «على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة.

٢- وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع، أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالًا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها؛ بل له تبعًا لخطورة الحال، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع، دون إخلال بحقوق الغير».

***

● (مادة ٣٠) : لا يجوز لمالك المنفعة[١] بعقد تبرع أن يؤجر العين التي له حق سكناها، ولا أن يرهنها؛ وإنما يجوز[٢] له إعارتها[٣].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن مالك المنفعة بغير عوض لا يجوز له أن يؤجرها ولا أن يرهنها ولا أن يعيرها، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تصرف مالك المنفعة دون عينها بعوض وبغيره، سواء كان مالك رقبتها قد قيد العقد بقيد أو لم يقيده، فهذه المادة بمثابة ذكر الخاص بعد العام للاهتمام به؛ وذلك لأنها تخالف ملك المنفعة بعوض فله أن يؤاجرها وأن يعيرها؛ وذلك لأن مالكها بعوض قد تملكها ببدل، ومن تملك ببدل يَمْلك أن يُمَلِّك ببدل وبغير بدل.

وأمَّا من تملَّكها بغير بدل فله أن يملِّكها بغير بدل وليس له أن يملِّكها ببدل؛ لئلَّا يملِّكها بأكثر مما تملكها به، وهذا إذا أطلقها ولم يقيدها باستعماله هو، سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء منفعتها أو لا؛ لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير، فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملَّكه متصرفًا في ملك نفسه، ولكن ذلك إذا لم يقيدها

= الأولى منها تقابل الفقرة الأولى من المادة (١٢٥٤) من التقنين العراقي، والفقرة الثانية منها تطابق الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة، وتقابل المادة (١٢٠٩) من التقنين الأردني.

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، المادة (١٠٠٣)، ص ٤٠٥.

(١) في طبعة دار الفرجاني «المفعة»، والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا يجوز لمالك المنفعة بعقد تبرع كالموصى له والمستعير أن يؤجر العين التي له حق سكناها، ولا أن يرهنها؛ بل يجوز له أن يعيرها، وهذا مبنيٌّ على ما تقدم من أن الذي له حق السكنى لا يملك الغلة وعكسه، وقد علمت أن المسألة خلافية بين الأئمة، فقال أبو حنيفة: إن مالك السكنى لا يملك الغلة وعكسه، وقال محمد: مالك الغلة يملك السكنى، وقال الشافعي: من ملك أحدهما فقد ملك الآخر، وقد تقدم بيان ذلك في شرح المادة الرابعة والعشرين.

(٣) مواهب الجليل : ٥/ ٢٦٩، أسنى المطالب : ٢/ ٣٢٥، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٢٩٣.

مالك رقبتها باستعماله هو أو غيره؛ فإذا كانت تختلف باختلاف الاستعمال كالدابة فليس له أن يعيرها غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في استعمال الدابة وتحميلها، فإن خالف ضمن؛ لأن قيده معتبر، وإن كانت لا تختلف باختلاف الاستعمال كالدار، فله أن يعيرها كما يشاء، ولا عبرة بقيده؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى.

فلو استعار ثوبًا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الثوب، ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار، فكان هذا تقييدًا مفيدًا في حق صاحب الثوب؛ فإذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفًا، وكذلك الدابة إذا استعارها ليركبها هو؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب فرب راكب يروِّض الدابة، وآخر يقتلها.

فأمَّا إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن؛ لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقًا، فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفًا لما نصَّ عليه المستعير.

وكذلك إن كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به، كسكنى الدار وخدمة العبد؛ لأن تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه، وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير، وعند الشافعي - رحمه اللَّه تعالى - ليس للمستعير أن يعير؛ لأنه منتفع بملك الغير بإذنه، فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك كالمباح له الطعام لا يبيح لغيره؛ وهذا لأنه يسوي غيره بنفسه فيما هو من حق الغير، وإنما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير، ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به؟ وحجتنا في ذلك أن المستعير مالك للانتفاع بهذه العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر، والموصى له بالخدمة، وهذا لما بينَّا أن المستعير يملك المنفعة بالعارية، ومن أعارك شيئًا فقد جعل لك منفعة ذلك، والدليل عليه أنه لو قال: ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة، فإذا ثبت أنه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير يتصرف في ملك نفسه، وذلك صحيح، بخلاف المباح له الطعام، فإنه لا يملك الطعام، وإنما يتناوله على ملك المبيح إلا أن العين بقي على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره، وإن كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر، وذلك صحيح.

وقد ذكرنا أن مالك المنفعة بغير عوض ليس له أن يؤجر، لما ذكرنا أنه لا يملك أن يملِّك بأقوى مما تملكه به، وليس له كذلك أن يرهنها؛ لأن الرهن حبس للعين لا المنفعة، وهو يملك المنفعة لا العين، فلا يملك رهنها؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فلا يملكه إلَّا بإذنه وإلَّا ضمن، فإن أجر وسلم إلى المستأجر ضمن؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبًا، فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه

كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر، فإن كان عالمًا بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير؛ وإن لم يكن عالمًا بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورًا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور، وإذا كان عالمًا لم يصر مغرورًا من جهته فلا يرجع عليه.

وهل يملك الإيداع؟ اختلف المشايخ فيه؛ قال مشايخ العراق: يملك، وهو قول بعض مشايخنا؛ لأنه يملك الإعارة فالإيداع أَوْلَى؛ لأنه دون الإعارة، وقال بعضهم: لا يملك استدلالًا بمسألة مذكورة في الجامع الصغير، وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن، ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن، وإن كان مقيدًا، فيراعي فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، فيراعى عند الإطلاق[1].

***

● (مادة ٣١): المصاريف اللازمة لمؤنة العين المنتفع[2] بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة والكسوة[3]..

(١) راجع: تبيين الحقائق: ٥/ ٨٤، ١١٦، العناية: ١٠/ ٤٨٨، بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦، المبسوط: ١٥/ ١٦٦، ١١/ ١٤١ الجوهرة: ١/ ٢٦٣، درر الحكام: ٢/ ٢٢٩، البحر الرائق: ٧/ ٣٠٤، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٦، رد المحتار: ٦/ ٢٨.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: كما يجب على المنتفع حفظ العين وصيانتها باتخاذ الاحتياطات اللائقة بها، كذلك يجب عليه أن ينفق عليها النفقة التي تناسبها إذا كان الانتفاع بطريق التبرع، فإن كانت العين التي ينتفع بها دابة وجب عليه علفها اللازم لها وتنظيفها ونحو ذلك.

ووجه وجوب النفقة عليه أنه يستوفي منفعتها، فهي محبوسة لأجل منفعته، وكل محبوس لمنفعة شخص يجب على ذلك الشخص نفقة المحبوس لأجله؛ لأن الغرم بالغنم.

ولو فرض أن المنتفع به رقيق على فرض وجوده واحتاج إلى كسوة فلا تكون الكسوة على المنتفع، بل تجب على المالك، كذا قال الفقهاء.

وعلَّلوا الفرق بين نفقة العبد وكسوته؛ بأن الطعام يستهلكه العبد حال احتباسه لأجل المنتفع، فلا تصير ملكًا لمالك العين بخلاف الكسوة، فإنها باقية فتصير ملكًا لسيد العبد.

وحينئذ يكون المنتفع قد وجب عليه للمالك شيء لم يتعهد له به ولم يلتزم به، والأصل أنه لا لزوم بلا التزام.

ويؤخذ من هذا التعليل أنه إذا كانت مدة الانتفاع طويلة، بحيث إن الكسوة تستهلك فيها تكون الكسوة على المنتفع؛ لأنها نوع من أنواع النفقة الواجبة عليه، ولو قيل: إنه يجب على المنتفع كسوة العبد حال انتفاعه لكان ظاهرًا وموافقًا=

على المالك[1].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن المصاريف اللازمة لمؤنة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة، والكسوة على المالك، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أن مالك المنفعة بغير عوض لا يجوز أن يؤجرها ولا أن يرهنها ويجوز أن يعيرها.

وفي البداية نقول: إن النفقة تلزم صاحب المنفعة؛ إذ لا يستطيع أن يتحصل على منفعتها إلَّا بالنفقة عليها ورعايتها؛ فإن المستعير ينفق على المستعار وينتفع به، وإن أبى أن ينفق ردَّه على صاحبه فيلزمه نفقته، فالخراج بالضمان، بخلاف الرهن، فإن نفقته على الراهن لا على المرتهن؛ لأن منفعته للراهن.

وفي المبسوط والجامع للتمرتاشي: ونفقة العبد الموصي بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة، وبه قال الاصطخري وأحمد في رواية، وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما: على صاحب الرقبة، وبه قال أبو ثور، كالعبد المستأجر؛ لأن النفقة مؤنة، فتجب على مالك الرقبة؛ ولهذا تجب فطرته عليه، وقلنا: العبد لا يقوى على الخدمة إلا بالنفقة، فنفقته على من يخدمه؛ كالمستعير فإنه ينفق على المستعار، وينتفع، وفي المغني لابن قدامة وهو الأصح: أما لو أوصى بخدمة عبد صغير لا يقدر على الخدمة وبرقبته لآخر فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا اشتغل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة؛ لأن بالنفقة عليه في حال الصغر تنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة؛ إذ الأصل أن نفقة المملوك على المالك، إلا أن يصير معدًّا لانتفاع الغير؛ كالأمة إذا زوجها وبوأها فنفقتها على الزوج، وإن لم يبوئها فالنفقة على المولى.

ويشترط في الأجير أن يكون أجيرًا مشاهرة، وطعامه وكسوته على المستأجر، فأما إذا كان أجيرًا مياومة، ويعطيه نفقته دراهم، فليس هو في عياله فيضمن بالدفع إليه إذا هلكت عنده.

وأجرة العارية على المستعير؛ لأن الردَّ واجب عليه؛ لأنه قبضه لمنفعة نفسه، وفي الوديعة مؤنة الردِّ على صاحبها، وفي الرهن مؤنة رد الرهن على المرتهن، ونفقة المستعار على المستعير، وعلف الدابة المستعارة على المستعير، والكسوة على المعير، ولو استعار عبدًا

=لأصلهم المذكور، وهو وجوب النفقة عليه جزاء احتباسه العين لأجله، ولا يلزم على ذلك كون المالك يملك الكسوة بعد انتهاء المنفعة؛ لأنها واجبة عليه حال الانتفاع، فإذا انتهى حق الانتفاع، وأراد أخذ الكسوة إن كانت باقية فلا يعارض في ذلك، ومحل وجوب النفقة على المنتفع إنما يكون في حالة ما إذا كان الانتفاع بالعين ممكنًا، فإذا عدمت المنفعة سقطت النفقة عن صاحب حق الانتفاع؛ لأن الانتفاع هو العلة في وجوب النفقة، وبما أن العلة زالت فيزول المعلول؛ لأنه من المقرر أن المعلول يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

(١) التاج والإكليل: ٧/ ٣٠٦، أسنى المطالب: ٢/ ٤٠٩، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٤٥.

للخدمة فعليه نفقته، وإن أعاره مولاه فنفقته على المولى؛ فالاستعارة أن يقول: أعرني عبدك، والإعارة أن يقول المولى: خذ عبدي واستخدمه من غير طلب من المستعير.

وفي عمدة الفتاوى: نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير.

وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك، لكن لا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ذلك؛ لأنه عيب بالمعقود عليه، والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه، لكن للمستأجر أن لا يرضى بالعيب، لكن لو كان استأجرها وهي كذلك، ورآها فلا خيار له؛ لأنه رضي بالمبيع المعيب، وإصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك، وإن كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا، وقالوا في المستأجر: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها، وإن امتلأ خلاها ومجراها من فعله، فالقياس أن يكون عليه نقله؛ لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله؛ كالكناسة، والرماد، إلا أنهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة؛ إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيبًا في الأرض فنقله على صاحب الدار، فحملوا ذلك على العادة، فإن أصلح المستأجر شيئًا من ذلك لم يحتسب له بما أنفق؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه، فكان متبرعًا[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٠٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١- « يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

٢- أمَّا التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ من خطأ المنتفع، فإنها تكون على المالك بلا جبر عليه، فإذا قام بها المنتفع كان له أن يسترد ما أنفقه عند انتهاء حق الانتفاع »[٣].

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٧/ ١٦، ٣٥/ ١٨٦، تبيين الحقائق : ٦/ ٢٠٣، ٥/ ١٢١، الجوهرة النيرة : ١/ ٣٤٧، ٣٥٣، ٢٧٣، بدائع الصنائع : ٧/ ٣٨٧، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٥١، البحر الرائق : ٦/ ١٩٦، ٧/ ٣١.

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، المادة (١٠٠٤)، ص ٤٠٦.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٨٩) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

وتتفق المادة المذكورة مع المواد (١٢١٠) من التقنين الأردني، (٩٤٨) من التقنين الكويتي.

***

● (مادة ٣٢) : إذا كانت منفعة الأرض موصى بها لشخص، ورقبتها لشخص آخر، فإن كان يوجد بالأرض شيء يستغل يكون عشرها أو خراجها وما يلزم من المصاريف لسقيها وإصلاحها على صاحب المنفعة، وإن لم يكن لها شيء يستغل، فنفقتها[١] على صاحب الرقبة[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن المصاريف اللازمة على الأرض الموصى بمنفعتها لشخص وعينها لآخر، من سقي وخراج إن كان لها غلة أو لم يكن لها غلة، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أن المصاريف اللازمة لمؤنة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة والكسوة على المالك.

وقد ذكرنا في شرح المادة السابقة أن النفقة تلزم صاحب المنفعة إذا كان لا يستطيع أن يتحصل على منفعتها إلا بالنفقة عليها ورعايتها؛ ولذا فإن المستعير ينفق على المستعار وينتفع به، وإن عدمت المنفعة فتلزم المصاريف مالك الرقبة؛ لأن بهذه النفقة ينمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النفقة، فلو أوصى بغَلَّةِ نخله أبدًا لرجل ولآخر برقبتها ولم يدرك ولم تحمل، فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة؛ لأن بهذه النفقة ينمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك، فليس عليه شيء من هذه النفقة، فإذا أثمرت

= ١ - « المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

٢ - أمَّا التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، فإنها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع ».

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وينبني على ذلك أنه لو أوصى إنسان بأرض لشخص وأوصى بمنفعتها لآخر، وعلى الأرض أموال ويلزم لها مصروفات لسقيها وإصلاحها فلا يخلو الحال؛ إما أن يكون للأرض منفعة تفي بما عليها من الأموال والمصروفات أو لا.

فإن كان الأول وجبت تلك الأموال والمصروفات اللازمة على المنتفع في مقابلة انتفاعه كما سبق.

وإن لم يكن فيها منفعة تفي بالمصروفات، فإمَّا أن تكون المنفعة معدومة أصلًا، وإمَّا أن تكون موجودة ولكنها لا تفي.

فإن كان الأول وفرض عليها مال، فالأموال والمصروفات على المالك بسبب ملكه لا على صاحب حق الانتفاع؛ لعدم المنفعة كما تقدم.

وإن كان الثاني؛ بأن كان في الأرض منفعة ولكنها قليلة لا تفي بما لزم للأرض وجب على المنتفع من الأموال بقدر انتفاعه والباقي على مالك الأرض.

(٢) منح الجليل : ٩/ ٥٦٨، أسنى المطالب : ٣/ ٥٨، مطالب أولي النهى : ٤/ ٤٩٩.

فالنفقة على صاحب الغلة؛ لأن منفعة ذلك ترجع إليه فإن الثمرة به تحصل، فإن حملت عامًا، ثم أحالت فلم تحمل شيئًا، فالنفقة على صاحب الغلة؛ لأن منفعة ذلك لصاحب الغلة، فالأشجار التي من عادتها أن تحمل في سنة ولا تحمل في سنة يكون ثمارها في السنة التي تحمل فيها أجود وأكثر منها إذا كانت تحمل في كل عام، وهو نظير نفقة الموصي بخدمته، فإنه على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعًا، وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم؛ لأنه إذا استراح بالنوم بالليل كان أقوى على الخدمة بالنهار، فإن لم يفعل وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فإنه يستوفي نفقته من ذلك؛ لأنه كان محتاجًا إلى الإنفاق لكي لا يتلف ملكه، فلا يكون متبرعًا فيه؛ لكنه يستوفي النفقة من الثمار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة[١].

وفي الشرنبلالية: ونفقته إذا لم يطق الخدمة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة فيصير كالكبير، ونفقة الكبير على من له الخدمة، وإن أبى الإنفاق عليه ردَّه إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير، فإن جنى فالفداء على من له الخدمة، ولو أبى فداه صاحب الرقبة أو دفعه، وبطلت الوصية، ولو أوصى بثمرة بستانه فمات والحال أن فيه ثمرة، له هذه الثمرة فقط، وإن زاد أبدًا له هذه الثمرة وما يستقبل، كما في الوصية بغلة بستانه، فإن له هذا وما يحدث ضم أبدًا أو لا، وإن لم يكن فيه - أي البستان - والمسألة بحالها ثمرة حين الوصية، فهي كالوصية بالغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، (زيلعي).

وفي العناية: السقي والخراج وما فيه إصلاح البستان على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع به فصار كالنفقة في فصل الخدمة.

● (مادة ٣٣): إذا تلفت العين المنتفع بها أو هلكت بدون تعدي المنتفع أو تقصيره[٢] في المحافظة عليها[٣] فلا ضمان[٤] ....

---

(١) راجع: المبسوط: ٢٨/ ٤، رد المحتار: ٦/ ٦٩٥.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٦) من الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية للجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية لمجلس الشعب المصري، سنة (١٩٨٢م).

انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ص ٤٠٧.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: قد ظهر مما تقدم أن المنتفع يجب عليه نفقة الشيء المنتفع به والاعتناء بحفظه، حتى لو هلك بتقصيره يكون ضامنًا له.

أمَّا إذا هلك بدون تعديه وتقصيره، فإن الأصل أن العين المنتفع بها أمانة في يد المنتفع، وحكم الأمانة أنها لا تضمن بالهلاك قضاءً وقدرًا بدون تقصير؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « ليس على المستودَع غير المغل ضمان »، والمراد بالمغل: الخائن، ومعلوم أن العين أمانة في يد المنتفع، فيثبت هذا الحكم في سائر الأمانات لعدم المرجح.

(٤) في طبعة دار الفرجاني « ضمان »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

عليه[1].

تناول المؤلف في هذه المادة تلف العين المنتفع بها أو هلاكها بدون تعدي المنتفع أو تقصيره في المحافظة عليها ونفي الضمان عنه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن المصاريف اللازمة على الأرض الموصى بمنفعتها لشخص وعينها لآخر من سقي وخراج، كان لها غلة أو لم يكن لها غلة.

وقد ذكرنا سابقًا أن العين المتنفع بها تكون أمانة في يد المنتفع، فيجب عليه حفظها والاعتناء بها، فإن قصر في حفظها فهلكت ضمن؛ وذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهرًا هو تقصيره في فعل ما وجب عليه من الحفظ والعناية.

فإن أخل بالحفظ فتركه فعليه الضمان؛ لأنه لما قبضه فقد التزم حفظه، وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان، كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

وكذلك إن أتلفها وأفسدها وكان متعديًا فيها بأن تعمد ذلك أو عنف في الدق، سواء كان مشتركًا أو خاصًّا فإنه يضمن، وإن لم يكن متعديًا في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده، فإن كان الأجير خاصًّا لم يضمن بالإجماع، وإن كان مشتركًا، كالقصار إذا دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح غرقت السفينة من عمله، ونحو ذلك فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يضمن، وهو أحد قولي الشافعي.

وكذلك فإن منعها من مالكها بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة كان متعديًا بالإتلاف معنىً فيضمن؛ لأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

وكذلك لو خالف قيد مالك العين إن كان قيده مفيدًا، وذلك بأن كان يختلف باختلاف الاستعمال أو كان يضر بالبناء؛ لأنه يصير غاصبًا بتعديه فيضمن إن هلك[2].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٠٠٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[3]، ونصها: « إذا هلك الشيء أو تلف، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورًا،

---

(١) منح الجليل: ٨/ ١٧، أسنى المطالب: ٢/ ٣٣٠، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٧٠.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٨، ٤/ ٢١٢، تبيين الحقائق: ٥/ ٨٥، الجوهرة: ١/ ٢٦٣، البحر الرائق: ٨/ ٣٢، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٤٩، ٣٩٧، رد المحتار: ٥/ ٦٨٥.

(٣) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٠٦)، ص ٤٠٧.

فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك، وعليه إخطاره أيضًا إذا ادعى أجنبي حقًّا على الشيء ذاته ».

وتتفق المادة المذكورة مع المواد (٩٩١) مدني مصري، (١٢١٣) مدني أردني، (٩٥٠) مدني كويتي.

***

(مادة ٣٤): إذا كانت المنفعة مقيدة بمدة معلومة، وأمسك المنتفع العين بعد انقضاء تلك المدة، ولم يردَّها لمالكها مع إمكان الردِّ، فهلكت فعليه ضمان قيمتها[1] ولو لم يستعملها بعد انقضاء المدة، وإن[2] لم يطلبها[3] المالك[4].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن إمساك المنتفع العين بعد انتهاء مدة الانتفاع ولم يردها مع إمكانية الرد فهلكت؛ وذلك بعمد أن تكلم في المادة السابقة عن تلف العين المنتفع بها أو هلاكها بدون تعدي المنتفع أو تقصيره في المحافظة عليها فلا ضمان عليه وانتفاء الضمان عنه في ذلك.

وفي البداية نقول: إن مالك الرقبة إذا قيد المنفعة بمدة معينة فعلى مالك المنفعة بعوض أن يسلمها لمالكها، سواء كانت مما يختلف بالاستعمال أو لا يختلف بالاستعمال فلا عبرة هنا باختلاف الاستعمال أو عدمه، وذلك إذا طلبها مالك الرقبة، وإن منعها المنتفع فهو متعدٍّ على أملاك غيره، ويصير غاصبًا فيضمن، هلكت أو لم تهلك، فإن هلكت يضمن قيمتها لمالك رقبتها، وإن لم تهلك فيضمن الرد على مالكها، وذلك سواء استعملها أو لم يستعملها ولا يطالب بردِّها إذا لم يطلبها مالكها.

وأمَّا إذا كان مستعير فمؤنة الرد عليه؛ لأن الرد واجب عليه، لما أنه قبضه لمنفعة نفسه، فتكون عليه، وفائدة كونها على المستعير تظهر أيضًا فيما لو كانت العارية مؤقتة فمضى الوقت فأمسكها المستعير فهلكت ضمنها؛ لأن مؤنة الرد عليه، كذا في النهاية، ويستثنى من إطلاقهم

---

(١) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكمها من أواخر الباب السابع وفي استرداد العارية... إلخ، من الهندية رقم: ٣٥٢.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: نعم، لو كان حق الانتفاع مقيدًا بمدة معلومة كشهر مثلًا، وقد مضى ذلك الشهر وأبقى المنتفع العين عنده بعد ذلك مع تمكنه من ردها إلى ربها وعدم مانع من ذلك، ثم هلك الشيء المنتفع به عنده وجب عليه ضمان قيمته إن كان من القيميات، أو مثله إن كان من المثليات، ولو لم يقصر في حفظه ولا في النفقة عليه؛ وذلك لأنه بحبسها بعد انتهاء مدة انتفاعه صار غاصبًا، والعين المغصوبة إذا هلكت تكون مضمونة على الغاصب مطلقًا سواء هلكت بتعديه أو لا؛ لأنه ظالم يأخذ مال الغير.

(٤) منح الجليل: ٧/ ٦٥، أسنى المطالب: ٢/ ٤٢٠، مطالب أولي النهى: ٣/ ٧٣٢.

ما ذكره قاضي خان في فتاويه في فصل من يرهن مال الغير: رجل أعار شيئًا له حمل ومؤنة ليرهنه فرهنه، قالوا: إنَّ ردَّ العارية يكون على المعير، وفرق بينها وبين غيرها من العواري في غير هذا يكون الرد على المستعير؛ لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها، فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة.ا هـ.

فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين:

الأول: ما ذكرناه أن المستعير للرهن لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره.

الثاني: ما ذكرناه هنا، ويدخل في المستعير الموصى له بالخدمة، فإن مؤنة رد العبد عليه كما في المستعير، كذا في النهاية.

وإن أتلفها وأفسدها إذا كان متعديًا فيها بأن تعمد ذلك أو عنف في الدق، سواء كان مشتركًا أو خاصًا فإنه يضمن، وإن لم يكن متعديًا في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده، فإن كان الأجير خاصًا لم يضمن بالإجماع، وإن كان مشتركًا كالقصار إذا دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح غرقت السفينة من عمله، ونحو ذلك فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يضمن، وهو أحد قولي الشافعي.

وكذلك إن منعها من مالكها بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة، كان متعديًا بالإتلاف معنىً فيضمن؛ لأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

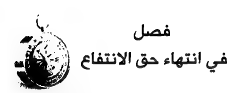
وكذلك لو خالف قيد مالك العين وكان قيده مفيدًا؛ وذلك بأن كان يختلف باختلاف الاستعمال أو كان يضر بالبناء؛ لأنه يصير غاصبًا بتعديه فيضمن إن هلك[1].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها: « وهو مسؤول عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع، وإن لم يطلبه المالك ».

***

(١) راجع: درر الحكام: ٢/ ٢٤٢، البحر: ٧/ ٢٨٢، ٨/ ٦، رد المحتار: ٥/ ٦٧٩، المبسوط: ١١/ ١٣٨، بدائع الصنائع: ٤/ ٢١٠، تبيين الحقائق: ٥/ ٨٩، العناية: ٩/ ١٧، الجوهرة: ١٠/ ٣٥٣.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٠٥)، ص ٤٠٦.



فصل
في انتهاء حق الانتفاع

● (مادة ٣٥) : **ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع، وبانقضاء[1] المدة المعينة له إن كان له مدة، وبهلاك[2] العين المنتفع بها[3].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن انتهاء حق الانتفاع، وذكر أنه ينتهي بموت المنتفع وانقضاء المدة إن كان له مدة وبهلاك العين المنتفع بها.

ونذكر أن المنفعة وإن لم تكن مملوكة للمنتفع وكان له حق الانتفاع باعتبارها منفعة عامة، أو باعتبارها مباحة له من مالكها، فحق انتفاعه بها يختلف استعمالًا واستغلالًا عن المنفعة

---

(١) هذه المادة تطابق المادة (١٠٠٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: اعلم أن صاحب حق الانتفاع يجوز له التصرف في المنفعة التي يستحقها على مقتضى استحقاقه، وليس لأحد أن ينازعه في حقه الثابت له، غير أن ذلك الحق ليس بدائم؛ بل لا بد من أن يجيء وقت ينتهي فيه ذلك الحق، وانتهاؤه يكون بأحد أمور ثلاثة:

الأول: موت المنتفع؛ وذلك لأنه لا حق له إلا في المنفعة وهي لا تورث؛ إذ من المعلوم أن الوراثة خلافة، وهي لا تعقل إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوارث في الوقت الثاني، ومعلوم أن المنفعة تتجدد آنًا فآنًا، فالمنفعة الموجودة حال حياة صاحب حق الانتفاع قد انعدمت والموجودة بعد وفاته غير مملوكة له؛ لأن ملك الشيء لا يسبق وجوده، وإذا ثبت بطلان الإرث ثبت انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع.

والثاني: انقضاء المدة المعينة له؛ لأن المنتفع تلقى ذلك الحق مقيدًا بوقت، فلا يتجاوزه إلى ما بعده؛ لأن المالك لم يخول له حق الانتفاع بعد الزمن المعين، فإذا أوصى إنسان لشخص بسكنى داره شهرًا، ثم مات الموصي وسكنها الموصى له تلك المدة، فقد انتهى حقه في السكنى، ولا يجوز له بعد مضي الشهر أن يسكن البيت إلا إذا أذن له الورثة.

الثالث: من الأمور الموجبة لانتهاء حق الانتفاع هلاك العين المنتفع بها؛ لأن المنفعة التي هي حقه قد انعدمت بانعدام الذات فتعذر استيفاؤها.

ومتى انتهى حق الانتفاع بمضي المدة أو بموت المنتفع سلمت العين للمالك، ولكن محل ذلك إذا لم يكن في تسليمها ضرر، فإن ترتب على ذلك ضرر فلا تنزع، وينبني على ذلك أنه لو كان المنتفع به أرضًا وانتهى حق الانتفاع به، فإمَّا أن تكون الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع خالية من الزرع، وإمَّا أن تكون مشغولة به، وإن كانت مشغولة به، فإما أن يكون قد آن وقت حصاده، وإما أن يكون غير مدرك وقت الحصاد، بل يحتاج إلى مدة حتى ينضج فيها الزرع ويستوي بعد أن كان بقلًا غير ناضج.

فإن كان الأول أو الثاني بأن كانت الأرض خالية من الزرع وقت الانتهاء من حق الانتفاع أو كان فيها زرع ولكن بلغ الحصاد فلا كلام في أن صاحب الأرض يكون له أخذها، ويكلف صاحب الانتفاع بحصاد زرعه؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك.

(٣) التاج والإكليل : ٧/ ٥٦٢، أسنى المطالب : ٢/ ٣٣٣، مطالب أولي النهى : ٣/ ٦٩٧.

التي تملكها المنتفع بعقد تمليك، سواء كان بعوض أو بغير عوض، وكذلك انتهاء حق انتفاعه يختلف تبعًا لسبب أحقيته في الانتفاع إن كان عن إباحة أو تملك؛ إذ ينتهي حق انتفاعه بموت المنتفع أو بهلاك العين المنتفع بها أو بلحوقه بدار الحرب أو ارتداده.

وينتهي حق الانتفاع كذلك بإنهاء مالك العين لهذا الحق، وإن حدد لها وقتًا ولم يأت وقتها؛ لأنها عقد تبرع.

وأمَّا المنفعة التي تملكها المنتفع بعقد تمليك بعوض أو بعقد تمليك بغير عوض فينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع في الحالتين؛ لأن المنفعة لا تقبل التوريث، فلا حق لورثة المنتفع في الانتفاع بالعين باعتبار الخلافة؛ أي خلافة الميت في أملاكه، وكذلك ينتهي بانتهاء وقتها إن كان مالك الرقبة قد حدد لها وقتًا وميعادًا، ولا بد في عقد تمليك المنفعة بعوض من تحديد وقت لها؛ لأن جهالة المدة تفسد العقد؛ لأنها تفضي إلى المنازعة، بخلاف تمليك المنفعة بغير عوض فلا يشترط تحديد مدة للانتفاع بها؛ لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة فلا تفسد العقد، وعليه فلمالك رقبة العين في عقد تمليك المنفعة بغير عوض أن ينهي حق الانتفاع في أي وقت.

وكذلك ينتهي حق ملكية المنفعة بهلاك العين المنتفع بها، بموت صاحب الرقبة في تمليك المنفعة بعوض؛ لأن المنفعة لم تصبح حقًّا للمورث بل للوارث؛ لأنها عرض يتجدد ملكها شيئًا فشيئًا؛ ولهذا فلا يملك مالك الرقبة منها إلا ما يحدث وقت ملكه، فلا يملك المنفعة قبل ملكه للرقبة، ولا يملك منها ما يحدث بعد انتقال رقبتها من ملكه بالموت أو بالبيع أو بالهبة ونحوها؛ لأنها أصبحت ملكًا لمالك رقبتها الجديد وارثًا كان أو مشتريًا أو موهوبًا له.. فبموت مالك الرقبة ينتهي حق الانتفاع بالمنفعة المملوكة بعوض، وإن شاء الوارث أن يقر هذا العقد على ما كان ويصبح هذا بمثابة عقد جديد، وإن شاء فسخ ولم يصبح للمنتفع حق الانتفاع في هذه الحالة.

وكذلك إن ارتد الآجر والمستأجر ولحق بدار الحرب انتقضت الإجارة؛ لأن القاضي حكم بموته حين يقضي بلحاقه فهو كما لو مات حقيقة، وإن لم يختصما في ذلك حتى رجع مسلمًا، وقد بقي من المدة شيء، فالإجارة لازمة فيما بقي منهما؛ لأن اللحاق بدار الحرب إذا لم يتصل قضاء القاضي به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد، ولكنه كان بمنزلة العذر، فإذا زال برجوعه كانت الإجارة لازمة فيما بقي من المدة.

وأمَّا المنفعة المملوكة بغير عوض فله نفس الحكم إلا الوصية بالمنافع؛ لأنها لا تستحق

الا بموت المالك، ولهذا لا تخرج عن الثلث، بل هي في حيزه؛ لأن الشارع الحكيم جعل له حقًّا في ماله بعد موته وهو الثلث لا يزيد عليه إلا أن تجيزه الورثة؛ لتعلق حقهم بالزيادة كما سبق أن أشرنا.

وعليه، فالإجارة باعتبارها عقد تمليك المنفعة بعوض تنتهي بالإقالة؛ لأنه معاوضة المال بالمال فكان محتملًا للإقالة كالبيع، ومنها موت من وقع له الإجارة إلَّا لعذر عندنا، وعند الشافعي لا يبطل بالموت كبيع العين.

والأصل أن الإجارة تبطل بموت المعقود له، ولا تبطل بموت العاقد؛ وإنما كان كذلك لأن استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد؛ لأن من وقع له إن كان هو المؤاجر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه، ولو أبقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد، وإن كان هو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله، ولو أبقينا العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف موجب العقد، بخلاف ما إذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل، ونحوه؛ لأن العقد منه لا يقع مقتضيًا استحقاق المنافع، ولا استحقاق الأجرة من ملكه، فإبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد، وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات لا تنتقض الإجارة؛ لأن العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه.

ولو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد، ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمي من الأجر؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررًا بالمستأجر، وفي الإبقاء من غير عوض ضررًا بالوارث، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر فيجب القول به، وإنما وجب المسمى استحسانًا، والقياس أن يجب أجر المثل؛ لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت، وإنما أبقيناه حكمًا، فأشبه شبهة العقد، واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر المثل، كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة، وجه الاستحسان أن التسمية تناولت هذه المدة؛ فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان إيجاب العوض المسمى أَوْلَى لوقوع التراضي، بخلاف الترك بعد انقضاء المدة؛ لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة، فتعذر إيجاب المسمى، فوجب أجر المثل.

وكذلك هلاك المأجور لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة، حتى لو كان المستأجر عبدًا أو ثوبًا أو حليًّا أو ظرفًا أو دابة معينة فهلك، أو هلك

الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة بطلت الإجارة؛ لما قلنا، وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة، وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة، فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها، وعلى هذا أيضًا يخرج موت الظئر أن الإجارة تبطل به، ومنها انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة، إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل، بخلاف ما إذا انقضت المدة، وفي الأرض رطبة أو غرس أنه يؤمر بالقلع؛ لأن في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين، والنظر من الجانبين؛ لأن لقطعه غاية معلومة، فأمَّا الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة، فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها فيتضرر به، وبخلاف الغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة أنه يؤمر بالقلع، ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر؛ لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظرًا له، وهو مستحق للنظر؛ لأنه زرع بإذن المالك، فأمَّا الغاصب فظالم متعد في الزرع، فلا يستحق النظر بالترك؛ لأنه هو الذي أضر بنفسه حيث زرع أراضي غيره بغير حق فكان مضافًا إليه.

وأمَّا المنفعة التي تَمَلَّكَها المنتفع بغير عوض كالإعارة فإنها تنتهي بموت المستعير وبموت المعير وبانتهاء المدة أو بطلب مالك رقبتها ردها وإن لم يوقت؛ لأنها عقد غير لازم وبهلاك العين المنتفع بها.

والوصية بالمنافع تبطل بموت المنتفع إن أطلق مالكها العقد ولم يوقته أو بانتهاء المدة إن حددها أو بهلاك العين، ولا تبطل كما قلنا بموت مالك الرقبة؛ بل هي لا تستحق إلا بموته فلا تبطل بموته[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٠٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع، حتى قبل انقضاء الأجل المعين »[٢].

---

(١) راجع : بدائع الصنائع : ٤/ ٢٢٣، ٢٢٤، المبسوط : ١٥/ ١٥٣، تبيين الحقائق : ٥/ ١٤٥، البحر الرائق : ٨/ ٤٢، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٠٢، رد المحتار : ٦/ ٨٤، ٦٩٥، ٥/ ٦٨٥.

(٢) وتقابل هذه المادة المذكورة الفقرة الأولى من المادة (٩٩٣) من التقنين المدني المصري، وتطابق المادة (١٢٥٧) من التقنين العراقي.

=

● (مادة ٣٦) : إذا انقضت المدة المعينة للانتفاع أو مات المنتفع في أثنائها، وكانت الأرض مشغولة بزرعه[١]، والزرع بقل لم يدرك يترك الزرع له في الصورة الأولى، ولورثته في الصورة الثانية إلى حين إدراكه وحصاده بأجر المثل، إلّا إن كان المنتفع مستأجرًا فإنه يترك الزرع لورثته في الصورة الثانية بالمسمى[٢] إلى حين إدراكه وحصاده[٣].

تناول المؤلف في هذه المادة انتهاء حق المنتفع بالانتفاع بموت المالك، أو المنتفع

= وتطابق الفقرة الأولى من المادة (٩٥٢) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (١٢١٥/ ١، ٦) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم هذه المادة مع ما يقرره الفقه الإسلامي؛ حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، إذا عين له أجل، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع، فقد استقر رأي الحنفية على عدم توارث المنفعة وإن كانوا يستثنون منها حق المرور والشرب، البدائع : ٧ / ٣٥٣، ٣٥٤، وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة؛ لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا.

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٠١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا كانت الأرض مشغولة بالزرع وقت انتهاء حق الانتفاع ولم يجئ أوان حصاده فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن يكون حق الانتفاع بغير عوض، وإما أن يكون بعوض.

فإن كان الأول؛ فللمنتفع الحق في إبقاء زرعه في الأرض إلى أن يدرك ويأتي أوان حصاده وعليه في مقابلة ذلك أجر المثل عن المدة التي يشغل الزرع أرضه فيها حسبما يقدره أهل الخبرة الموثوق بعدالتهم.

وإذا مات المنتفع في هذه الحالة، فلورثته الحق في استبقاء الأرض بأجر المثل إلى أن يدرك.

ومثل هذا في الحكم ما إذا مات المنتفع، فإن لورثته استبقاء الأرض بأجر المثل إلى أن يدرك الزرع.

ولا يكلف قلع زرعه؛ لأن في ذلك ضررًا عليه، والضرر يزال شرعًا، ونظير ذلك ما إذا استأجر جماعة سفينة ساعتين من الزمن لترويح نفوسهم مثلًا ثم مضت تلك المدة والسفينة في وسط البحر، فلا يجوز لصاحب السفينة أن يكلف المستأجرين بالخروج من السفينة في هذه الحالة بل يلزمه أن يبقيهم في السفينة بأجر المثل إلى الوصول إلى الشاطئ كما تقدم، وليس لهم أن يجبروه على بقائهم فيها أكثر من ذلك؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها.

وإن كان الثاني؛ وهو ما إذا كان الانتفاع بعوض، فإمَّا أن يكون انتهاء حق الانتفاع بسبب مضي المدة، وإما أن يكون بسبب موت المنتفع.

فإن كان الأول؛ فللمنتفع إبقاء زرعه في الأرض بأجر المثل إلى أن ينضج كما تقدم فيما إذا كان حق الانتفاع مكتسبًا بغير عوض.

وإن كان الثاني، وهو ما إذا كان انتهاء الحق بسبب موت المنتفع فلورثة صاحب حق الانتفاع إبقاء زرعهم في الأرض المدة الكافية لإدراكه وبلوغه أوان الحصاد، وعليهم أجر تلك المدة بنسبة الأجر المسمى وقت العقد لرضاء صاحب الأرض به.

وإن كانت المدة الباقية لا تكفي لاستواء الزرع، بل يحتاج معها إلى زمن آخر فعلى الورثة أجر المدة الباقية بنسبة المسمى وقت العقد وأجر المدة المحتاج إليها مع المدة الباقية بأجر المثل الذي يقدره أهل الخبرة كما تقدم.

وقال الإمام مالك: لا ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع إذا كان بعوض؛ بل يقوم ورثته مقامه في ذلك الحق، فإن كان معجلًا فالأمر ظاهر، وإن كان غير مقبوض ولم يثق مالك الرقبة بذمتهم، فله أن يستوثق منهم بكفيل يكفل له المبلغ الذي في ذمتهم أو يأخذ منهم رهنًا بماله عليهم.

(٣) أسنى المطالب : ٢/ ١٩٧، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٢٩١.

أو بانتهاء المدة، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة كيفية انتهاء حق الانتفاع؛ فهذه المادة بمثابة ذكر الخاص بعد العام للاهتمام به، فالأصل أن بانتهاء حق الانتفاع يلزم المنتفع تسليم العين، وإلا صار غاصبًا إلا في حالة الزرع خاصة، وأما إذا أعاره الأرض ليزرعها ووقت لذلك وقتًا أو لم يوقِّت وقتًا، فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجه، ففي القياس له ذلك كما في البناء والغرس؛ وهذا لأن الزارع زرع الأرض من غير حق لازم له فيها، فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للأرض إذا زرعها، ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها إلى أن يحصد المستعير زرعها؛ لأنه ما كان متعديًا في الزراعة بجهة العارية؛ ولإدراك الزرع نهاية معلومة، فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه إضرار بالمستعير في إبطال ملكه، ولو تركت في يد المستعير كان فيه إضرار بالمعير من حيث تأخير حقه، وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير، فإذا لم يكن بدٌّ من الإضرار بأحدهما ترجح أهون الضررين.

بخلاف البناء والغرس، فإنه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين، فترجح جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبع، وبخلاف الغصب؛ لأن الغاصب متعدٍّ في الزراعة في الابتداء، فلا يستحق بفعل التعدي إبقاء زرعه، ولم يبين في الكتاب أن الأرض تترك في يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر، قالوا: وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع نقل بعده؛ وهذا لأن إبطال حق صاحب الأرض عن منفعة ملكه مجانًا لا يجوز بغير رضاه، وإنما يعتدل النظر من الجانبين إذا ترك الزرع إلى وقت الإدراك بأجر المثل، وكذلك لو كان الانتهاء بسبب موت المستعير؛ فإن ورثته يترك لها الزرع إلى وقت الإدراك بأجر المثل.

وأمَّا في عقود العوض؛ فإنها تبقى ليس بأجر المثل بل بالمسمي استحسانًا؛ فلو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد، ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمي من الأجر؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررًا بالمستأجر، وفي الإبقاء من غير عوض ضررًا بالوارث، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر فيجب القول به، وإنما وجب المسمى استحسانًا، والقياس أن يجب أجر المثل؛ لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت، وإنما أبقيناه حكمًا، فأشبه شبهة العقد، واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر المثل، كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة.

وجه الاستحسان أن التسمية تناولت هذه المدة؛ فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان إيجاب العوض المسمى أَوْلَى، لوقوع التراضي عليه، بخلاف الترك بعد انقضاء المدة؛

لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل[1].

***

(١) راجع : المبسوط : ١١/ ١٤٣، تبيين الحقائق : ٥/ ٨٩، بدائع الصانع : ٤/ ٢٢٤، ٦/ ٢١٧، درر الحكام : ٢/ ٢٢٩، البحر الرائق : ٨/ ٤٢، رد المحتار : ٦/ ٣٠، ٥/ ٦٨٣.



البَابُ الخَامِسُ
في حقوق الارتفاق

الفَصْلُ الأوَّلُ
في الشِّرب

(مادة ٣٧) : الارتفاق[١] هو حق مقرر[٢] على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف الارتفاق، وذلك في بداية حديثه عن حقوق الارتفاق، وفي طلبة الطلبة: مَرَافق الأرض جمع مِرْفق، بفتح الميم وكسر الفاء وبكسر الميم وفتح القاف لغتان، وهو ما يرتفق به؛ أي ينتفع به[٤]، وفي المغرب: ومرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحو ذلك، والواحد مِرْفَق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير، وفي مرفق اليد العكس لغة، وهو موصل العضد بالساعد، ومنه المرفقة لوسادة الاتكاء؛ ومنها قوله في الإيلاء: على أن لا يجتمعا في مرفقة، ومرفقة تصحيف إلا أن تصح روايتها، والرفقة المترافقون والجمع رفاق[٥].

والمرافق ما يترفق به؛ فإنما يتأتى الترفق بالأرض بالشرب، والمسيل، فهو مختص بالتوابع. وفي الذخيرة: « اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع، ولا بد للمبيع

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠١٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) حق الارتفاق: هو حق لا ينظر فيه إلى مالكَي العقارين، بل يثبت لأحدهما على الآخر مع كونهما مملوكين لشخصين، أو مملوك لأحدهما دون الآخر، أو غير مملوكين.

وحقوق الارتفاق هى حقوق المرور والشِّرب والمجرى والمسيل ونحو ذلك مما يتبع ويتقرر لعقار على آخر، الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف، ص ١٣٨.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: قد تقدم أن الحقوق المتعلقة بالأعيان تنقسم إلى ثلاثة أقسام: حق يتعلق بذات العين ومنفعتها، وحق يتعلق بمنافعها دون رقبتها، وحق يتعلق بمرافقها؛ أي منافعها على وجه مخصوص، وهذا الحق يسمى عند الفقهاء بحق الارتفاق.

والارتفاق لغة: الاتكاء على مرفق اليد؛ وهو عبارة عن المفصل الذي يصل الذراع بالعضد ويطلق المرفق على كل شيء استعنت به.

واصطلاحًا هو: حق مقرر وثابت على عقار لشخص آخر، وهذا القسم يشمل: حق الشرب، وحق المرور، والمجرى، والمسيل، كما سيتضح ذلك.

(٤) طلبة الطلبة مادة (ر ف ق)، ص ١٥٧.

(٥) انظر: المغرب مادة (ر ف ق)، ص ٥٩١.

منه، ولا يقصد إلا لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض، والمرافق عبارة عما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع؛ كالشرب ومسيل الماء، وقوله: كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع ».اهـ.

وفي المصباح: المرافق جمع مرفق، بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف، ونحوه، على التشبيه باسم الآلة، بخلاف المرفق في الوضوء؛ فإن فيه لغتين فتح الميم، وكسر الفاء كمسجد، وبالعكس، وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به[١].ا.هـ.

فالحاصل أن المرفق مطلقًا فيه لغتان إلَّا مرفق الدار، وفي جامع الفصولين من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقًا، والمرافق عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية: المرافق هي الحقوق، وإليه يشير قوله: أي بمرافقه نهر، فعلى قول أبي يوسف: المرافق أعم؛ لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمتوضأ والمطبخ كما في القهستاني، وقدم قبله أن حق الشيء تابع لا بد له منه كالطريق والشرب.ا.هـ. فهو أخص تأمل[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٠١٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها: « الارتفاق حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر »[٤].

---

(١) انظر : المصباح المنير مادة (رف ق)، ص ٢٣٤.

(٢) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٧٢، العناية : ٦/ ٢٨٦، البحر الرائق : ٥/ ٣٢٠، ٦/ ١٤٩، رد المحتار : ٥/ ١٨٩.

وجاء في الموسوعة الفقهية : ٣/ ١٠ : « من معاني الارتفاق لغة: الاتكاء، وارتفق بالشيء: انتفع به، ومرافق الدار: مصابّ الماء ونحوها، كالمطبخ والكنيف.

وفي الاصطلاح : عرفه الحنفية بأنه : حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، وعرفه المالكية بأنه: تحصيل منافع تتعلق بالعقار، فالارتفاق عندهم أعم منه عند الحنفية؛ لأنه يشمل انتفاع الشخص بالعقار فضلًا عن انتفاع العقار بالعقار. والذي يستفاد مما أورده الشافعية والحنابلة في صور الارتفاق أنهم يتفقون مع المالكية في ذلك.

الحكم التكليفي: الحكم الأصلي للارتفاق الإباحة، ما لم يكن على المرتفق ضرر، أو ما لم يتعين لدفع ضرر، أما الإرفاق فهو مندوب؛ لحضه عليه الصلاة والسلام عليه، حيث قال: « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره »، وقال ﷺ: « لا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه ».

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠١٧) ص : ٤١١.

(٤) هذه المادة تطابق الشطر الأول من المادة (١٠١٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتطابق المادة (١٢٧١) من التقنين العراقي، وتطابق المادة (١٢٧١) من التقنين الأردني، وتتفق مع المادة (٩٥٨) من التقنين الكويتي.

● (مادة ٣٨) : الشِّرب[1] هو نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للأرض أو الشجر أو الزرع[2].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف الشِّرب، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعريف الارتفاق، باعتبار أن حق الشرب أحد حقوق الارتفاق كما ذكرنا، والشِّرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء، قال اللَّه تعالى: ﴿ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام؛ لأن اللَّه ﷻ أخبر عن نبيه صالح عليه السلام قبل ذلك ولم يعقبه بالنسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة، وبها استدل محمد في كتاب : « الشرب » لجواز قسمة الشرب بالأيام.

وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي، فالشرب هو نصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها قال اللَّه تعالى: ﴿ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾، وقال تعالى: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾ [القمر: ٢٨] وقسمة الماء بين الشركاء جائزة.

بُعث رسول اللَّه ﷺ والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه، والناس تعاملوه من لدن رسول اللَّه ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وهو قسمة تجري باعتبار الحق دون الملك؛ إذ الماء في النهر غير مملوك لأحد، والقسمة تجري تارة باعتبار الملك كقسمة الميراث والمشتري، وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنيمة بين الغانمين.

وذكر المؤلف في تعريفه الشرب بأنه هو نوبة الانتفاع؛ أي وقته وزمانه بالماء سقيًا للأرض أو الشجر أو الزرع، والشفة شِرْبُ بني آدم والبهائم بالشفاه[3].

ولكلٍّ حقها في كل ماء لم يحرز بإناء أو حب[4].

ولكلٍّ سقي أرضه من بحر أو نهر عظيم كدجلة والفرات ونحوهما؛ لأن الملك بالإحراز ولا إحراز؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره.

---

(١) الشرب في الشرع هو: حق الرب والسقي، وهو نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للزراعة والدواب. بدائع : ٦/ ١٨٨، حاشية ابن عابدين : ٦/ ٤٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ١٨٩، المبسوط : ٢٣/ ١٦٢، رد المحتار : ٦/ ٤٣٨، ٤٣٩، تبيين الحقائق : ٦/ ٤٠، العناية : ١٠/ ٨٠، درر الحكام : ١/ ٣٠٩، مجمع الأنهر : ٥/ ٥٦٢، حاشية الصاوي : ٤/ ٩٢.

قال الشيخ محمد زيد الإبياني: فالشِّرب بالكسر لغةً: النصيب من الماء، وشرعًا : نوبة الانتفاع بالماء لسقي الأرض. وهو مشروع بقوله تعالى: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾ [القمر: ٢٨]؛ أي: يحضره أهله، وقوله ﷺ: « الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلإ والنار ». والشُّرب بالضم: التناول بالشَّفة.

(٣) والمراد استعمال بني آدم لدفع العطش أو للطبخ، أو الوضوء، أو الغسل، أو غسل الثياب ونحوها كما في المبسوط، والمراد به في حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها، أفاده القهستاني.

(٤) وعبر بالحق؛ لأنه ليس ملكًا لهم؛ لأنه غير محرز أفاده القهستاني.

ولكلٍّ شقُّ نهر لسقي أرضه منها أو لنصب الرحى إن لم يضر بالعامة؛ لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد؛ فإن أضر بأن يفيض الماء ويفسد حقوق الناس أو ينقطع الماء عن النهر الأعظم أو يمنع جريان السفن، فلكل واحد مسلمًا كان أو ذميًّا أو مكاتبًا منعه، وظاهر ما قدمناه عن الهداية أن هذا في الأنهار، أما في البحر فإنه ينتفع وإن ضر، وبه صرح القهستاني، كالانتفاع بشمس وقمر وهواء، لا سقي دوابه إن خيف تخريب النهر لكثرتها.

اعلم أن المياه أربعة أنواع:

الأول: ماء البحار ولكل أحد فيها حق الشفة، وسقي الأراضي فلا يمنع من الانتفاع على أي وجه شاء.

والثاني: ماء الأودية العظام كسيحون، وللناس فيه حق الشفة مطلقًا، وحق سقي الأراضي إن لم يضر بالعامة.

والثالث: ما دخل في المقاسم، أي المجاري المملوكة لجماعة مخصوصة، وفيه حق الشفة.

والرابع: المحرز في الأواني ينقطع حق غيره عنه، وتمامه في الهداية.

وحاصله: أن لكل أحد في الأولين حق الشفة والسقي لأرضه، وفي الثالث حق الشفة فقط، ولا حق في الرابع لأحد[1].

***

(مادة ٣٩) : مياه النهر الأعظم[2] وفروعه والترع ذوات المنفعة العامة التي ليست مملوكة لأحد مباحة، لكل أحد حق في أن يسقي منها دوابه وأرضه، وأن يشق منها جدولًا لسقي أرضه[3] ....

---

(١) جاء في الموسوعة الفقهية : ٢٥/ ٣٧١: «الشرب في اللغة: الحظ والنصيب من الماء، قال تعالى حكاية عن نبيه صالح عليه الصلاة والسلام: ﴿ قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، ويطلق على الماء عينه، وعلى النوبة، وهي الوقت المحدد لاستحقاق الشرب، وعلى المورد، والجمع أشراب.

وفي الاصطلاح هو: نوبة الانتفاع، أو زمن الانتفاع بالشرب لسقي الشجر أو الزرع.

(٢) والأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خالص فيها ولا في الشرب، بل هو حق لعامة المسلمين، فلكل أحد أن ينتفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها، وليس لأحد منعه إذا لم يضر بالنهر. بدائع الصنائع : ٦/ ١٩٢.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الأنهار العامة التي ليست بمملوكة لأحد؛ كنيل مصر وفروعه غير المملوكة، وكالعيون الجارية في الأرض التي ليست بملك لأحد.

وحكم هذا القسم أنه يجوز لكل أحد أن ينتفع بمائه كيفما أراد فيسقي أرضه ودوابه، وليس لأحد منعه إلا إذا ترتب على انتفاعه ضرر بالعامة؛ لأن الضرر يزال شرعًا.

ما لم يكن ذلك مضرًا بالعامة[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن كيفية الانتفاع بمياه النهر الأعظم، والترع ذات المنفعة العامة وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعريف الشرب.

وفي البداية نذكر أن الماء - في الأصل - الناس شركاء فيه، قال رسول اللَّه ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلإ والنار»[٢]، وفي رواية: «الناس شركاء في ثلاث»، وهذا أعم من الأول، ففيه إثبات الشركة للناس كافة: المسلمين والكفار في هذه الأشياء الثلاثة، وتفسير هذه الشركة في المياه التي تجري في الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون، وفرات ودجلة، والنيل؛ أن الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء، ويستوي في ذلك المسلمون وغيرهم، وليس لأحد أن يمنع أحدًا من ذلك، وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها، والمراد من لفظة الشركة بين الناس بيان أصل الإباحة، والمساواة بين الناس في الانتفاع لا أنه مملوك لهم، فالماء في هذه الأودية ليس بملك لأحد.

والمياه أربعة أنواع:

الأول: الماء الذي يكون في الأواني والظروف.

والثاني: الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون.

والثالث: ماء الأنهار الصغار التي تكون لأقوام مخصوصين.

والرابع: ماء الأنهار العظام، كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها، وهذه الأنهار لا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خاص فيها ولا في الشرب؛ بل هو حق لعامة المسلمين، فلكل أحد أن ينتفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى أرضه؛ فإن أحيا أرضًا ميتة بإذن الإمام كان له أن يشق إليها نهرًا من هذه الأنهار، وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر بالنهر، وكذا له أن ينصب عليه رحًى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر؛ لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد، فلا يثبت الاختصاص بها لأحد، فكان الناس فيها كلهم على السواء، فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع، لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة، وإن أضر بالنهر، فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينًا أنه حق لعامة المسلمين.

---

(١) انظر: المبسوط: ٢٣/ ١٦٥، تبيين الحقائق: ٦/ ٣٩، مجمع الأنهر: ٥/ ٥٦٢، رد المحتار: ٦/ ٤٣٤، ٤٤٠، بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٩، ١٩٢، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٣٧، أسنى المطالب: ٢/ ٤٥٤، الإنصاف: ٦/ ٣٨٥.

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٥/ ٣٦٤، رقم: ٢٣١٣٢.

وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر، كالتصرف في الطريق الأعظم، وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم: أحيا رجل أرضًا كانت مواتًا، فحفر لها نهرًا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد، فساق الماء إليها من ذلك النهر؛ فقال أبو يوسف: إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك، وإن كان لا يضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه؛ لما قلنا، وسئل أيضًا إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها؟ فقال: إن زاد في ملكه، وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك، ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك، وإن كان لا يضر بالنهر.

ووجه الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة، وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشريطة انتفاء الضرر، والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر، والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك، فهذا هو الفرق، ولو جزر ماء هذه الأنهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه؛ لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجد إليه سبيلًا فيحمل على جانب آخر فيضر، حتى لو أمن العود أو كان بإزائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك، ويملكه إذا أحياه بإذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف المعروف، ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكري، فعلى السلطان كراها من بيت المال؛ لأن منفعتها لعامة المسلمين، فكانت مؤنتها من بيت المال؛ لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1]، وكذا لو خيف منها الغرق، فعلى السلطان إصلاح مسناتها من بيت المال؛ لما قلنا.

***

● **(مادة ٤٠): التُّرَع والمجاري المملوكة ملكا عامًّا أو خاصًّا يجوز لكل أحد أن يسقي دوابه منها إلا إذا خيف تخريبها لكثرتها، وليس لأحد من غير الشركاء أن يسقي أرضه منها إلا بإذن أصحابها[2]، وليس لأحد من الشركاء أن يشق منها بربخًا أو ينصب عليها آلة بخارية أو تابوتًا بلا رضا بقية الشركاء إلَّا آلة وضعت في ملكه، وكانت حافة النهر[3]، ....**

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وحسنه الترمذي.

(٢) الماء الذي يكون في الأنهار التي تكون لأقوام مخصوصين يتعلق به أحكام؛ منها: أن الماء غير مملوك لأحد. وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة، وهو شرب الناس والدواب، وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار؛ لأن له فيه حقًّا خاصًّا. وفي إطلاق السقى إبطال حقه، بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٩.

(٣) والنهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين، سواء أضرَّ بهم التصرف أو لا. ولو أراد أن ينصب عليه رحًى، فإن كان موضع البناء مملوكًا له والماء يدير الرحى عليه على سيبه له ذلك، وإن كان موضع =

وبطنه له ولا يضر بنهر[1] وماء[2].

تناول المؤلف في هذه المادة حق الشفة وسقي الأرض من الترع المملوكة، وشق البرازخ ونصب الآلات البخارية لأحد الشركاء أو لغيرهم، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن كيفية استعمال الأنهار العامة والترع ذات المنفعة العامة.

وفي البداية نقول: حق الشفة وهو حق الشِّرب لبني آدم والبهائم محرز، والمراد استعمال بني آدم لدفع العطش أو للطبخ، أو الوضوء، أو الغسل، أو غسل الثياب ونحوها كما في المبسوط، والمراد به في حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها، أفاده القهستاني.

وحق الشفة يثبت في ماء البحار والأودية العظام وما دخل في المقاسم؛ أي المجاري المملوكة لجماعة مخصوصة، ولكن الماء المحرز في الأواني ينقطع حق غيره عنه، فلا يثبت فيه حق الشفة.

وذلك لأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز، والمباح لا يملك إلَّا بالإحراز، فصار كالصيد إذا تكنس في أرض إنسان؛ ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة فساعة، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه، فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته، وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر؛ فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم، وهو مدفوع شرعًا، بخلاف سقي الأراضي حيث يمنع صاحب الماء عنه، وإن لم يكن عليه بذلك ضرر؛ لأن في إباحة ذلك إبطال حق صاحبه؛ إذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر، ولا كذلك شربه وسقي دابته؛ لأنه لا يلحقه بمثله

= البناء مشتركًا أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء، ثم الإعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء. بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٨.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الأنهار والترع والمجاري المملوكة ملكًا عامًّا أو خاصًّا.

وحكم هذا القسم أنه يثبت لكل أحد من الناس، سواء كان من الشركاء أو من غيرهم حق الشفة بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر؛ فإن ترتب عليه ضرر بأن خيف تخريب النهر أو انقطاع الماء لكثرة المواشي فلأصحاب النهر المنع، ومن حيث إن حق الشفة لا يتناول سقي الأرض، فليس لغير الشركاء أن يسقي أرضه منها إلَّا بإذن ملاكها، ووجه ثبوت حق الشفة ومنع سقي الأرض إلَّا بإذن، كما تقدم، أن المار يأخذ عادة المياه التي تكون في طريقه لنفسه ودابته والمالك لا يتضرر بذلك القدر، فلو منع المسافر من الأخذ لحقه ضرر عظيم، وهو ممنوع شرعًا، بخلاف سقي الأرض؛ فإن في إباحته بدون إذن إبطال حق المالك.

وأمَّا الشركاء، فيجوز لكل واحد منهم أن يسقي أرضه بقدر نصيبه في النهر فلو تجاوز ذلك منع، ولو اختلفوا في مقدار أنصبائهم في الشرب ولم يعلم ذلك قسم بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن الحاجة إلى الماء بقدر الأرض، وليس لأحد من الشركاء أن ينصب على النهر المشترك آلة بخارية أو تابوتًا ولا أن يفتح بربخًا إلا إذا رضي بقية الشركاء لتعلق حقهم به.

(٢) التاج والإكليل: ٧/ ٦٢٤، حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٩٧، كشَّاف القناع: ٤/ ١٩٩.

ضرر عادةً حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع، وهو المراد بقوله: وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع؛ لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا حق الشِّرب لغيره للضرورة، فلا معنًى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه؛ إذ به تبطل منفعته[1].

وذكر المؤلف أنه ليس لأحد من الشركاء أن يشق منها - أي المملوكة ملكًا مشتركًا - برزخًا أو ينصب عليها آلة بخارية أو تابوتًا بلا رضا بقية الشركاء إلا آلة وضعت في ملكه، وكانت حافتا النهر وبطنه له، ولا يضر بنهر وماء، والماء في الترع غير مملوك لأحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الأصل بالنص، وإنما يأخذ حكم الملك بالإحراز بالأواني، فلا يجوز بيعه لعدم الملك، ولو قال: اسقني يومًا من نهرك على أن أسقيك يومًا من نهر كذا لا يجوز؛ لأن هذا مبادلة الماء بالماء، فيكون بيعًا أو إجارة الشرب بالشرب، وكل ذلك لا يجوز.

ولا تجوز إجارته؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين بمنافعها وليست بمملوكة، ولو استأجر حوضًا أو بئرًا ليسقي منه ماء لا يجوز؛ لأن هذا استئجار الماء، وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك؛ لأن هذا استئجار السمك، وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب؛ لأن هذا استئجارٌ لحطب، والأعيان لا تحتمل الإجارة، وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب، وله أن يمنع من سقي الزرع والأشجار؛ لأن له فيه حقًّا خاصًّا، وفي إطلاق السقي إبطال حقه؛ لأن كل واحد يتبادر إليه فيسقي منه زرعه وأشجاره، فيبطل حقه أصلًا، ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جاز؛ لأنه أبطل حق نفسه، وأما الذي يرجع إلى الشِّرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردًا بأن باع شرب يوم أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء.

ولو اشترى به دارًا أو عبدًا وقبضهما لزمه رد الدار والعبد؛ لأنه مقبوض بحكم عقد فاسد؛ فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب.

ولو باع الأرض مع الشِّرب جاز تبعًا للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يجعله مقصودًا بنفسه كأطراف الحيوان، ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلَّا بالتسمية صريحًا أو بذكر ما يدل عليه؛ بأن يقول: بعتها بحقوقها أو بمرافقها، أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها، فإن لم يذكر شيئًا من ذلك لا يدخل؛ لأن اسم

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ١٨٩، تبيين الحقائق: ٦/ ٤٠، ٤٣، البحر الرائق: ٨/ ٢٤٣، ٢٤٦، مجمع الأنهر: ٢/ ٢٥٦٢، رد المحتار: ٦/ ٤٣٨، ٤٤٣.

الأرض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز إجارته مفردًا؛ لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة على الانفراد، كما لا تحتمل البيع، وكذا لو جعله أجرة في إجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز؛ لأن الأجرة في باب الإجارة كالثمن في باب البيع، وإنه ما لا يصلح ثمنًا في البياعات فلا يصلح أجرة في الإجارات.

ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله؛ لأنه استوفى منفعة المعقود عليه عقدًا فاسدًا فيلزمه أجرة المثل، كما في سائر الإجارات الفاسدة، ولو استأجر الأرض مع الشِّرب جاز تبعًا للأرض، كما في البيع على ما ذكرنا، ولو استأجر أرضًا ولم يذكر الشرب والمسيل أصلًا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل، كما في البيع، وفي الاستحسان كانا له، ويدخلان تحت إجارة الأرض من غير تسمية نصًّا لوجودها دلالة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشِّرب، فيصير الشرب مذكورًا بذكر الأرض دلالة، بخلاف البيع؛ لأن البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه، ولا تجوز هبته والتصدق به؛ لأن كل واحد منهما تمليك، والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك، ولا يجوز الصلح عليه بأن صالح من دعوى على شرب، سواء كان دعوى مال أو حق أو عن القصاص في النفس وما دونها؛ لأن الصلح في معنى البيع إلَّا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفو؛ لأن صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات، وتجب على القاتل والجارح الدية وأرش الجناية، ولا تصح تسميته في باب النكاح بأن تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل؛ لأن النكاح تصرف فيه تمليك، والشرب لا يحتمل التمليك، وإذا لم تصح التسمية يجب العوض الأصلي وهو مهر المثل.

ولا تصح تسميته في الخلع بأن اختلعت المرأة من نفسها عليه، وعليها رد المأخوذ من المهر؛ لأن تسميته في معرض التمليك إن لم يصح، فهو مال لكونه مرغوبًا فيه فمن حيث إنه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع، ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلًا، فيظهر في وجوب رد المأخوذ، وفي باب الخلع إذا تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر، ويورث حق الشِّرب؛ لأن الإرث لا يقف على الملك؛ بل يثبت في حق المال، كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك، ويوصي به حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث؛ لأن الوصية وإن كانت تمليكًا لكنها تمليك بعد الموت، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال؛ وإنما يملك بعد الموت، فأشبه الميراث؛ فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية

حتى لا تصير ميراثًا لورثة الموصى له؛ لأن الشِّرب ليس بعين مال، بل هو حق مالي، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثًا، فكذلك الوصية بالشرب.

ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح؛ لأنه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحالُ والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية، ويسقي كل واحد من الشركاء على قدر شربه، ولو اختلفا في قدر الشِّرب ولا بينة لأحدهم تحكم الأراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم، ولا يعتبر عدد الرءوس، بخلاف الجماعة إذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤوس، وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود؛ إذ المقصود من الشِّرب السقي، والسقي يختلف باختلاف الأراضي، والمقصود من الطريق هو المرور وإنه لا يختلف باختلاف الدور، ولو كان الأعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الأسفل بأن كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته؛ لأن في سكر النهر حتى يشرب الأعلى منع الأسفل من الشرب وهذا لا يجوز، إلا إذا تراضيا على أن يسكر كلٌّ في نوبته فيجوز، ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحًى أو دالية أو سانية نظر فيه، فإن كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه جاز وإلا فلا؛ لأن رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة، وحق الكل متعلق بالماء، ولا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك إلا برضا الشركاء.

وأمَّا الذي يرجع إلى النهر فالأصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضرَّ بهم التصرف أو لا؛ لأن رقبة النهر مملوكة لهم، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك، حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرًا صغيرًا من النهر المشترك، فيسوق الماء إلى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك إلا برضاهم؛ لأن الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه، وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك، وإن كان ذلك لا يضرهم؛ لأن ذلك تصرفهم في النهر بإجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه، ولو أراد أن ينصب عليه رحًى، فإن كان موضع البناء مملوكًا له والماء يدير الرحى على سيبه له ذلك، وإن كان موضع البناء مشتركًا أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء، ثم الإعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء، بتأخير وصول حقهم إليهم بالتعريج، كما إذا حفر نهرًا في أرضه وأراد أن يعرج الماء إليه ثم يعيده إلى النهر.

وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية، فهو على هذا التفصيل، وليس لأحدهم

أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم؛ لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه، وكل ذلك مشترك، ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الأعظم ولأحد الشريكين أرض في أعلى النهر، وللآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الأعلى أن يسد شيئًا من تلك الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك إلَّا برضا شريكه؛ لأنه يتضرر به شريكه؛ فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه بإضرار غيره. وإن أرادا أن يتهايآ حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك إلا برضا الشريك لما قلنا، وإن تراضيا على ذلك زمانًا ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك؛ لأن المراضاة على ما لا يحتمل التمليك تكون مهايأة وإنها غير لازمة، ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي إليها كوة وحفر نهرًا منه إلى أرضه برضًا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لأحدهما أن ينقض فله ذلك؛ لأن العارية لا تكون لازمة، وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك؛ لما قلنا[١].

***

(مادة ٤١) : الماء المحرز[٢] في الأواني كالحياض والصهاريج المملوكة لا حق لأحد في الانتفاع به إلا بإذن[٣] صاحبه[٤].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الماء المحرز في الأواني، وهو في سياق التكلم عن أنواع المياه - والتي تكلمنا عنها فيما سبق - فقد تكلم في المادة السابقة عن الترع المشتركة وكيفية تعامل الشريك فيها.

وهذا النوع وهو الماء المحرز يصير ملكًا لمحرزه بإحرازه كالصيد إذا أخذه فله بيعه، ولا ينتفع به إلا برضا صاحبه، وليس لأحد غيره فيه حق حتى الشفة، ولكن لا قطع في سرقته بقيام شبهة الشركة فيه بالحديث؛ فإن قيل بهذا الاعتبار ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها؛ لأن قوله تعالى: ﴿ خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ [البقرة: ٢٩] يصير شبهة.

---

(١) راجع : بدائع الصنائع : ٦/ ١٩١.

(٢) المحرز في كوز أو حِبٍّ، ومثله المحرز في الصهاريج التي توضع لإحراز الماء في الدور لا ينتفع به بغير إذن محرزه؛ إذ لا حق فيه لأحد. حاشية ابن عابدين : ٦/ ٤٣٩.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الماء المحرز في الأواني مثل: الصهريج والحوض والجرة، وحكمه أنه مملوك لمن أحرزه؛ لقول النبي - عليه الصلاة والسلام -: « من سبقت يده إلى مال مباح فهو له ».

فليس لأحد أن يشرب منه ولا أن يسقي دوابه وأرضه إلا بإذن من أحرزه؛ لأنه بالإحراز صار مالًا محترمًا مثل السمك بعد الصيد، ولكن لو كان هناك ضرورة كعطش شديد ألـمَّ بإنسان فإنه يجوز له أن يشرب من الماء المحرز بغير إذن صاحبه؛ لأنه مضطر، والضرورات تبيح المحظورات، وليس لمحرز الماء منعه، وإن منعه أثم وعزر لارتكابه أمرًا نكرًا.

(٤) انظر: العناية : ١٠/ ٧٩، مجمع الأنهر : ٢/ ٥٦٤، فتح القدير : ١٠/ ٧٩، البحر الرائق : ٨/ ٢٤٤، رد المحتار : ٦/ ٤٤٠، حاشية الدسوقي : ٤/ ٧٣، تحفة المحتاج : ٦/ ٢٣١، مطالب أولي النهى : ٤/ ٢٠٤.

قالوا: قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ مقابلة الجمع بالجمع فيقتضي انقسام الآحاد إلى الآحاد، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، ولا يجوز الزيادة على الأربع، وفيما نحن فيه من الحديث أثبت الشركة للناس عامًّا.

فلو منع رب النهر من يريد الماء، وهو يخاف على نفسه أو على دابته العطش فإن له أن يقاتله بالسلاح لأثر عمر؛ ولأنه قصد إتلافه، وإن كان الماء محرزًا في الأواني فليس للذي يخاف العطش أن يقاتل بالسلاح، وله أن يقاتله بغير السلاح إذا كان فيه فضل عن صاحبه فصار نظير الطعام حالة المخمصة، وفي الكافي: قيل: في البئر ونحوه؛ والأَوْلَى أن يقاتله بغير السلاح؛ لأنه ارتكب معصية فصار بمنزلة التعزير، هذا يشير إلى أن له أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأَوْلَى أن لا يقاتله به.

* * *

● (مادة ٤٢): من أنشأ ترعة من ماله لسقي أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء[١]، وليس لغيره أن يسقي أرضه منها إلَّا بإذن المنشئ[٢]، وللغير أن يشرب منها ويسقي دابته[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الترع الخاصة التي أنشأها شخص من ماله لسقي أرضه، وهذا في الإطار الذي تكلمنا عنه في المادة السابقة.

ويجب أن نذكر أن المنشآت المائية الخاصة لصاحبها أن ينتفع بها كيف شاء، ولكن لغيره فيه حق وهو حق الشفة، فلا يستطيع أن يمنع شُرْب أحد من بني آدم أو البهائم؛ وذلك لما قلنا من أن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز، والمباح لا يملك إلا بالإحراز فصار كالصيد إذا تكنس في أرض إنسان؛ ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة فساعة، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه، فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته، وصاحبه لا يتضرر

---

(١) الأنهار الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لأصحابها، وللعامة فيها حق الشفة فقط، فلا يسوغ لأحد أن يسقي أرضه من نهر مختص بجماعة أو من جدول أو قناة أو بئر مختصة بواحد بدون إذنه؛ ولكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته، وله أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقنوات المذكورات إن لم يخش تخريبها لكثرة الحيوانات، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ص ٦٨٤.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: نعم لو كان شخص يملك جزءًا من حافة النهر، وذلك الجزء يسع التابوت الذي يريد إيجادها جاز له، بشرط ألا يضر عمله بأحد، سواء كان من الشركاء أو غيرهم.

(٣) انظر: تبيين الحقائق: ٦/ ٢٤٠، العناية: ١٠/ ٧٩، درر الحكام: ١/ ٣٠٩، رد المحتار: ٦/ ٤٣٨، منح الجليل: ٨/ ٩٠٤، حاشية البيجرمي على الخطيب: ٣/ ٢٤٠، الإنصاف: ٦/ ٣٨٧.

بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم، وهو مدفوع شرعًا بخلاف سقي الأراضي؛ حيث يمنع صاحب الماء عنه، وإن لم يكن عليه بذلك ضرر؛ لأن في إباحة ذلك إبطال حق صاحبه؛ إذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر، ولا كذلك شربه وسقي دابته؛ لأنه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع، وهو المراد بقوله: وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع؛ لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنًى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه؛ إذ به تبطل منفعته.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨١٢) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١- « من أنشأ مسقاة خاصة أو مصرفًا خاصًا وفقًا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك، كان له وحده حق استعمالها.

٢- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين للأرض المنشأة بها المسقاة أو المصرف أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ريٍّ أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها »[٢].

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨١٢)، ص ٣٢١،٣٢٢.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٠٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

« ١- من أنشأ مسقاة أو مصرفًا خصوصيًّا طبقًا للوائح الخاصة بذلك، كان له وحده حق استعمالها.

٢- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ريٍّ أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها ».

وأحكام المادة المذكورة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فيما عدا أن الجار ليس له حق الحصول على الشُّرب من مسقاة جاره إلا بالاتفاق معه.

فقد نصت المادة (١٢٦٧) من المجلة على ما يأتي: « الأنهار المملوكة - يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة - حق شربها لأصحابها، وللعامة فيها حق الشفة فقط، فلا يسوغ لأحد أن يسقي أراضيه من نهر مخصوص جماعة أو جدول أو قناة أو بئر بلا إذنهم، لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته، وله أيضًا أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات إن لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات، وكذلك له أخذ الماء منها إلى جنينته وداره بالجرة والبرميل ». انظر كذلك المواد (١٢٦٢ - ١٢٦٦) و المادتين (١٢٦٨ و ١٢٦٩) من المجلة.

(مادة ٤٣) : حق استعمال مياه التُّرَع العمومية وتوزيعها يكون بقدر الأراضي المقتضى ريُّها[١] مع مراعاة عدم الضرر[٢] بالعامة[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حق استعمال مياه التُّرع العمومية وتوزيعها، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن التُّرع المنشأة الخاصة.

وفي البداية نذكر أن المنافع العامة يشترط في الانتفاع بها ألا تضر بالعامة، وأن النهر إن كان بين قوم لهم عليه أرضون، ولا يعرف كيف كان أصله بينهم فاختلفوا فيه، واختصموا في الشرب؛ فإن الشِّرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود بالشِّرب سقي الأراضي، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها، فالظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه، وقدر حاجته، والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه، فإن قيل: فقد استووا في إثبات اليد على المال في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه، قلنا: لا؛ فاليد لا تثبت على الماء في النهر لأحد حقيقة، وإنما ذلك الانتفاع بالماء، والظاهر أن انتفاع من له عَشْر قطع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة، ثم الماء لا يمكن إحرازه بإثبات اليد عليه، وإنما إحرازه بسقي الأراضي، فإنما ثبت اليد عليه بحسب ذلك.

وهذا بخلاف الطريق إذا اختصم فيه الشركاء؛ فإنهم يستوون في ملك رقبة الطريق، ولا يعتبر في ذلك سعة الدار، وضيقها؛ لأن الطريق عين تثبت اليد عليه، والمقصود التطرق فيه، والتطرق فيه إلى الدار الواسعة، وإلى الدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشِّرب على ما ذكرنا، فإن كان الأعلى لا يشرب حتى يسكر النهر على الأسفل، ولكنه يشرب بحصته؛ لأن في السكر قطع منفعة الماء عن أهل الأسفل في بعض المدة، وليس لبعض الشركاء هذه الولاية في نصيب شركائه. يوضحه أن في السكر إحداث شيء في وسط النهر، ورقبة النهر مشتركة بينهم، فليس لبعض الشركاء أن يحدث فيها شيئًا بدون إذن الشركاء، وربما ينكسر النهر بما يحدث فيها عند السكر، فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى تشرب حصته

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) إذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشِّرب، كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود به الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره. الهداية : ١٠/ ٥٨.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وحق الانتفاع بمياه التُّرَع العمومية يكون بين الأهالي على قدر الأراضي؛ لأن الشرب لحاجة الأرض إلى الري، وهي تختلف باختلاف مقاديرها، ويلزم أن يراعَى في توزيع المياه على الأرض عدم الضرر بالعامة؛ كمنع السفن من السير، وتخريب الشواطئ، ووهن إحدى حافتي النهر بحيث لا يتحمل الماء؛ فإن ذلك ممنوع شرعًا.

منح الجليل : ٨/ ١٠١، من قوله: « وإن سأل؛ أي اجتمع مطرب مكان مباح الانتفاع به إلى قوله: الشيخ سالم ومن بعده من الشراح »، نهاية المحتاج : ٥/ ٣٥٧، مطالب أولي النهى : ٤/ ٢٠٢.

أجزت ذلك بينهم؛ لأن المانع حقهم، وقد انعدم بتراضيهم، فإن اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في يومه أجزته أيضًا، فإن قسمةَ الماء في النهر تكون بالأجر تارة، وبالأيام أخرى، فإن تراضوا على القسمة بالأيام جاز لهم ذلك، وهذا لحاجتهم إلى ذلك فقد يقل الماء في النهر بحيث لا يتمكن كل واحد منهم أن ينتفع بحصته من ذلك إلا بالسكر، ولكنه إن تمكن من أن يسكر بلوح أو باب، فليس له أن يسكر بالطين والتراب؛ لأن به ينكسر النهر عادة، وفيه إضرار بالشركاء، إلا أن يظهروا التراضي على ذلك؛ فإن اختلفوا لم يكن لأحد منهم أن يسكره على صاحبه[1].

***

● **(مادة ٤٤) : ليس لصاحب الأرض التي تسقى بالآلات أو التُّرع أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على تصريف مياهه في أراضيهم[2] إن لم يكن له حق[3] المسيل[4] فيها[5].**

بيَّن المؤلف في هذه المادة أن صاحب الأرض التي تسقى بالآلات أو الترع ليس له أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على تصريف مياهه في أراضيهم إن لم يكن له حق المسيل فيها، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حق استعمال مياه التُّرع العمومية وتوزيعها.

ونشير إلى أنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره إلا بإذنه، وأما إذا كان له الحق في تصرفٍ ما فليس لغيره أن يمنعه منه، فمن له حق المسيل في أرض أحد ليس له أن يمنعه من المسيل، فإذا كانت لرجل أرض، ولرجل فيها نهر يجري فأراد رب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن له ذلك، بل يترك على حاله؛ لأنه وجد كذلك؛ لأن موضع النهر في يد

---

(١) راجع: المبسوط: ١٥/ ٥٩، ٢٣/ ١٧٣، ١٩٩، بدائع الصنائع: ٦/ ١٩٠ تبيين الحقائق: ٦/ ٤٢، العناية: ١٠/ ٨٦، درر الحكام: ١/ ٣٠٨، البحر الرائق: ٨/ ٢٤٥، مجمع الأنهر: ٢/ ٥٦٦، رد المحتار: ٦/ ٤٤٤.

(٢) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) لو كان في دار أحد مجرور لدار أخرى، وكان لذلك المنزل حق إسالة مياه تلك الدار من ذلك المجرور، فليس لصاحب الدار أو مكتري الدار منع الإسالة، هذا إذا كان حق المسيل المذكور قديمًا، أو أن تكون تلك الدار في الأصل مشتركة مع ذلك المنزل، فقسمت على أن يكون للمنزل حق سيل في تلك الدار. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٣٢).

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: حق المسيل حق من حقوق الارتفاق كالشِّرب، فإن كان هذا الحق غير ثابت لأحد، فليس له أن يلزم صاحب الأرض به، وإن كان ثابتًا له، فله الانتفاع به ولو جبرًا على المالك.

وينبني على ذلك: أنه إذا كان لشخص أرض تسقى بواسطة الآلات أو التُّرع بدون أن يكون له حق من قديم الزمان في تصريف مياه تلك الأرض إلى التي دونها، فليس له إلزام صاحبها بمرور الماء فيها.

(٥) انظر: كتاب منح الجليل: ٨/ ٩٥، أسنى المطالب: ٢/ ٤٥٦، مطالب أولي النهى: ٤/ ٢٠٢.

صاحب النهر؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائه فيه، فعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه، فإن لم يكن في يده، ولم يكن جاريًا، سألته البينة على أن هذا النهر له، فإن جاء ببينة قضيت به له لإثباته حق نفسه بالحجة، وإن لم يكن له بينة على أصل النهر، وجاء ببينة أنه كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه حتى يسقيها منه أجزت ذلك؛ لأنهم شهدوا له بحقٍّ مستحقٍّ في النهر، وهو المجرى، وقد بينَّا نظائر هذا في الطريق والمسيل، وبينَّا أن الجهالة هناك لا تمنع قبول الشهادة فكذا المجرى هنا، وكذلك المصب إذا كان نهره ذلك يصب في أرض أخرى فمنعه صاحب الأرض السفلى المجرى، وأقام بينة على أصل النهر أنه له، وأقام البينة على أن له فيه مصبًّا أجزت ذلك؛ لأن المصب كالمسيل، ولو أقام البينة أن له مسيل ماء على سطح جاره كانت البينة مقبولة فهذا مثله.

فليس لصاحب الأرض التي تسقى بالآلات أو التُّرع أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على تصريف مياهه في أراضيهم إن لم يكن له حق المسيل فيها، وإن كان يحتاج إلى مسيل الفاضل من الماء؛ لأنه ليس له الحق في تسييل ما فضل من الماء فيه[1].

***

● (مادة ٤٥) : إذا كان لأحد مسقى ماء جارٍ بحقٍّ[2] في أرض آخر فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه[3] في أرضه[4].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم منع رب الأرض التي لغيره فيها حق المسيل من إجرائه في أرضه، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أن صاحب الأرض التي تسقى بالآلات أو التُّرع ليس له أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على تصريف مياهه في أراضيهم إن لم يكن له حق المسيل فيها.

ونشير إلى أنه ليس لأحد أن يمنع غيره من استعمال حقه، وقد ذكرنا أن الأرض إن كانت لرجل، ولرجل فيها نهر يجري فأراد رب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن له ذلك،

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٨٧، تبيين الحقائق : ٦/ ٤٢، رد المحتار : ٦/ ٤٤٤.

(٢) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) ومن كان له نهر في أرض غيره فأراد ربُّ الأرض منع الإجراء في أرض فليس له المنع، ويترك على حاله؛ لأن موضع النهر مستعمل له بإجراء مائه فيكون في يده. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ١/ ٥٦٥.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا كان لشخص مسقى ماءٍ جارٍ بحقٍّ في أرض شخص آخر، وكان ذلك الحق ثابتًا له من قديم الزمان، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه من جريان الماء في أرضه؛ لأن هذا الحق قد اكتسب من قديم الزمان، والأصل أن القديم يبقى على قدمه ما لم يترتب عليه ضرر فاحش.

بل يترك على حاله؛ لأنه وجد كذلك؛ لأن موضع النهر في يد صاحب النهر؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائه فيه، فعند الاختلافِ القولُ قولُه في أنه ملكه فإن لم يكن في يده، ولم يكن جاريًا سألته البينة على أن هذا النهر له، فإن جاء ببينة قضيت به له لإثباته حق نفسه بالحجة، وإن لم يكن له بينة على أصل النهر، وجاء ببينة أنه كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه حتى يسقيها منه أجزت ذلك؛ لأنهم شهدوا له بحقٍّ مستحقٍّ في النهر، وهو المجرى، وقد بينًّا نظائر هذا في الطريق والمسيل، وبينًّا أن الجهالة هناك لا تمنع قبول الشهادة فكذا المجرى هنا، وكذلك المصب إذا كان نهره ذلك يصب في أرض أخرى فمنعه صاحب الأرض السفلى المجرى، وأقام بينة على أصل النهر أنه له، وأقام البينة على أن له فيه مصبًّا أجزت ذلك؛ لأن المصب كالمسيل، ولو أقام البينة أن له مسيل ماء على سطح جاره كانت البينة مقبولة، فهذا مثله[١].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٨١٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها: « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لدى الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام، بشرط أن يعوض عن ذلك مقدمًا ».

وتتفق كذلك مع المواد (٨٠٩) مدني مصري، (١٠٥٨) مدني عراقي، (١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠) مدني أردني.

* * *

● (مادة ٤٦) : من سقى أرضه سقيًا معتادًا تتحمله أرضه[٣]، فسال منها الماء في أرض غيره فأتلف زرعه فلا ضمان عليه[٤]، وإن سقاها سقيًا غير معتاد[٥] ....

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٨٧.

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨١٣)، ص ٣٢٢.

(٣) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، انظر : المادة (٤٢) من هذا الكتاب.

(٤) ولا يضمن من ملأ أرضه ماء فنزلت أرض جاره أو غرقت؛ لأنه غير معتدٍ، فهو كحافر البئر وواضع الحجر في أرضه لا يضمن ما تلف به، وهذا إذا سقاها سقيًا معتادًا تتحمله أرضه عادة وإلا فيضمن. وعليه الفتوى، وفي الذخيرة: أن هذا إذا سقى في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقى من غير نوبته أو زاد على حقه يضمن. حاشية ابن عابدين : ٦/ ٤٤٦.

(٥) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لو أن شخصًا سقى أرضه، فسال الماء منها إلى أرض جاره فأتلف زرعها، فإما أن يكون السقي معتادًا، أو غير معتاد.

فعليه الضمان[1].

بيَّن المؤلف في هذه المادة أن من سقى أرضه سقيًا معتادًا تتحمله أرضه، فسال منها الماء في أرض غيره فأتلف زرعه فلا ضمان عليه، وإن سقاها سقيًا غير معتاد فعليه الضمان، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أن رب الأرض التي لغيره حق المسيل فيها أن يمنعه من إجرائه في أرضه.

ويتضح من ذلك أن الإنسان إذا تصرف في ملكه تصرفًا معتادًا فأضر بغيره فليس عليه شيء؛ لأنه لم يكن متعديًا في ضرر جاره؛ لأن شرط وجوب الضمان في التسبب أن يكون متعديًا.

أمَّا إذا أسرف في الماء وكانت الأرض لا تتحمله عادة، فإنه يضمن بتعديه على ملك غيره إن أضر بها، فلو سقى الرجل أرضه أو شجرها أو ملأها ماء فسال من مائها في أرض رجل فغرقها لم يكن عليه ضمانها؛ لأنه في هذا التسبيب غير متعدٍّ؛ بل هو متصرف في ملك نفسه، وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه مطلقًا، والمتسبب إذا لم يكن متعديًا في تسببه لا يكون ضامنًا كحافر البئر، وواضع الحجر في ملكه، وهو نظير ما لو أوقد النار في أرضه فوقع الحريق بسبب ذلك، فإنه لا يكون ضامنًا لكونه متصرفًا في خالص ملكه، وكذلك لو نزت

= فإن كان الأول فلا ضمان عليه لعدم تعديه، وإن كان سقيه للأرض غير معتاد وترتب عليه إتلاف الزرع ضمن قيمته التي يقدرها أهل الخبرة جزاء تعديه.

(١) جاء في الموسوعة الفقهية: ٢٨/ ٢٢٣: «لا يتحقق الضمان إلَّا إذا تحققت هذه الأمور: التعدي، والضرر، والإفضاء. أولًا: التعدي: التعدي في اللغة: التجاوز، وفي الاصطلاح: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا أو عرفًا أو عادة. وضابط التعدي هو: مخالفة ما حده الشرع أو العرف، ومن القواعد المقررة في هذا الموضوع: «أن كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف». وذلك مثل: الحرز في السرقة، والإحياء في الموات، والاستيلاء في الغصب، وكذلك التعدي في الضمان؛ فإذا كان التعدي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه رجع في ضابطه إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة وتعديًا، سواء أكان عرفًا عامًّا أم خاصًّا؛ ويشمل التعدي: المجاوزة والتقصير والإهمال وقلة الاحتراز، كما يشتمل العمد والخطأ. ثانيًا: الضرر: الضرر في اللغة: نقص يدخل على الأعيان، وفي الاصطلاح: إلحاق مفسدة بالغير، وهذا يشمل الإتلاف والإفساد وغيرهما، والضرر قد يكون بالقول، كرجوع الشاهدين عن شهادتهما، بعد القضاء وقبض المدعي المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلفاه على المشهود عليه، سواء أكان دينًا أم عينًا، وقد ينشأ الضرر عن الفعل؛ كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، وحرق الحصائد، والضرر قد يكون بالقول والفعل كما سبق، وقد يكون بالترك، ومثاله: امرأة تصرع أحيانًا فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى ألقت نفسها في النار عند الصرع، فعليه ضمانها، ودابة غصبت فتبعها ولدها فأكله الذئب يضمنه الغاصب، مع أنه لم يباشر فيه فعلًا. ثالثًا: الإفضاء: من معاني الإفضاء في اللغة: الوصول، يقال: أفضيت إلى الشيء: وصلت إليه، ويشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان ما يلي: أن لا يوجد للضرر أو الإتلاف سبب آخر غيره، سواء أكان هو مباشرة أم تسببًا، وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه، لا إلى السبب؛ وذلك لمباشرته ما يتحقق به الضمان».

أرض جاره من هذا الماء.

وهو نظير ما لو أوقد نارًا في داره فاحترق دار جاره؛ فإنه إن كان أوقد مثل العادة لا يضمن، وإن كان بخلاف العادة يضمن.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل يقول: إنما لا يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقًّا فيه، بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه، وأمَّا إذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه، فيضمن لوجود التعدي في السبب[1].

***

● (مادة ٤٧): حق[2] الشِّرب[3] يورث ويوصى بالانتفاع به، ولا يباع إلَّا تبعًا للأرض، كحق المسيل، ولا[4] يوهب ولا يؤجر[5].

تناول المؤلف في هذه المادة تملك حق الشرب وتمليكه بإرثه أو الوصية بعينه، وفساد

---

(١) راجع: المبسوط: ٢٣/ ١٨٧، تبيين الحقائق: ٦/ ٤٤، البحر الرائق: ٨/ ٢٤٧، رد المحتار: ٦/ ٤٤٧.

(٢) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (١٠١٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) يورث الشرب؛ لأن الملك بالإرث يقع حكمًا لا قصدًا، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا. ويوصى بالانتفاع به وتعتبر وصيته من الثلث، وأمَّا الإيصاء ببيعه فباطل، ولا يباع الشِّرب في ظاهر الرواية ويفسد؛ نص عليه محمد؛ لأنه مجهول لا لأنه غير مملوك، وجاز مع الأرض في الصحيح. حاشية ابن عابدين: ٦/ ٤٤٥.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الحقوق التي ترد على الأعيان ومنافعها من بيع وإجارة ووصية وإرث ترد على حقوق الارتفاق إذا كانت تابعة للعقار، فإذا لم تكن تابعة له ورد عليها الإرث والوصية؛ لأن الإرث أمر حكمي والوصية تأخذ حكم الميراث في بعض الأحوال.

وقال بعض علماء الحنفية: يجوز بيعها وإن لم تكن تابعة للعقار، فلو كان لإنسان شرب بدون أرض أو مسيل ماء مثلًا جاز بيع كل منهما وحده على هذا الرأي، ووافقه الإمام الشافعي وأحمد، وهو الظاهر.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٣١٣، تحفة المحتاج: ٤/ ٤٤٠.

وجاء في الموسوعة الفقهية: ٢٥/ ٣٧٨: «أن مذهب المالكية والشافعية والحنابلة جواز التصرف في الشِّرب بالبيع والإجارة والصلح وغيرها من أنواع التصرف؛ كالهبة، والصدقة، فإن صالح رجلًا على موضع قناة في أرضه يجري فيها ماء وبيَّنَا موضعها، وعرضها وطولها جاز؛ لأن ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها جاز، وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة؛ لأن هذا شأن الإجارة، أمَّا الشِّرب بمعنى الماء فقد جوز المالكية بيعه مطلقًا، فله أن يشتري شرب يوم أو يومين بغير أصل الماء، وقال الحنابلة: إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به، قال القاضي: لا يجوز؛ لأن الماء غير مملوك، فلا يجوز بيعه ولا الصلح عليه؛ لأنه مجهول، وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالربع والثلث جاز، وكان بيعًا للقرار والماء تابع له؛ قال ذلك القاضي، وقال ابن قدامة: يحتمل أن يجوز الصلح على الشِّرب من نهره أو قناته؛ لأن الحاجة تدعو إليه، والماء مما يجوز العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في إناء أو قربة يجوز بيعه، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه؛ كالقصاص.

وقال الشافعية: لا يجوز بيع الماء إن وجب بذله. وإن لم يجب بذله، بأن وجد محتاج الشِّرب ماء آخر فله بيع الماء، مقدرًا بكيل =

بيعه إلَّا تبعًا للأرض والتعامل فيه بالهبة أو الإجارة، وإنما صح وارثه؛ لأن الملك بالإرث يقع حكمًا لا قصدًا، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا، كالخمر تملك حكمًا بالميراث، وإن لم تملك قصدًا بسائر أسباب الملك، وما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية؛ لأنها أخته، وفي الهبة ونحوها يرد العقد عليه مقصودًا.

والفرق أن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات، كالدين والقصاص والخمر فكذا الشِّرب.

والوصية أخت الميراث فكانت مثله، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك؛ حيث لا يجوز للغرر أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال؛ أو لأنه ليس بمال متقوم، حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا تصح الوصية ببيعه وهبته، والتصدق به من مثل بيعه، فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينًّا، وكذا لا يصلح مسمًّى في النكاح، ولا في الخلع، ولا في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، ولا يملك الشِّرب؛ لأنه لا يملك بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب، ويجب على الزوج مهر المثل، وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر، وعلى القاتل الدية، وللمدعي أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى.

ولو مات وعليه ديون لا يباع الشِّرب بدون الأرض لما ذكرنا، وإن لم يكن له أرض قيل: يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء إلى أن يقضي دينه من ذلك، وقيل: ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشِّرب إليها فيبيعهما برضا صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب وإلى قيمتها معه؛ فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت، والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير

= أو وزن، ولا يجوز مقدرًا بري الماشية والزرع، وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز بيع الشرب منفردًا بأن باع شرب يوم أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي؛ والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء، ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار؛ لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد، فكان واجب الرد، كسائر العقود الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشِّرب، وإن باع الشِّرب مع الأرض جاز تبعًا للأرض؛ لجواز كون الشيء تبعًا لغيره وإن لم تجعله التبعية مقصودًا بذاته، ولا يجوز جعله أجرة لدار، ولا إجارته منفردًا؛ لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة كما لا تحتمل البيع، وإن باع الأرض ولم يذكر الشِّرب لم يدخل في البيع، وإن أجرها ولم يذكر الشِّرب لم يدخل قياسًا ويدخل استحسانًا لوجود الذكر دلالة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب، فيكون مذكورًا بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع تمليك العين، والعين تحتمل الملك بدون المنفعة، ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به؛ لأن ذلك كله تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك، ولا يجوز الصلح؛ لأن الصلح في معنى البيع ولا يصلح مهرًا ولا بدل خلع ».

أن لو كان يجوز بيعه، وإن لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضًا بغير شرب، ثم ضم هذا الشِّرب إليها وباعهما، فيؤدي من الثمن ثمن الأرض المشتراة، والفاضل للغرماء.

ولا يباع الشِّرب في ظاهر - الرواية شرب يوم أو أكثر - ويفسد، نص عليه محمد؛ لأنه مجهول لا لأنه غير مملوك، وإلا بطل وجاز مع الأرض في الصحيح در ملتقىً؛ أي تبعًا لها، قال في البزازية: قال: بعتك هذه الأرض وبعتك شربها، قيل: لا يجوز بيع الشرب؛ لأنه صار مقصودًا بالبيع، وقيل: يجوز؛ لأنه لما لم يذكر له ثمنًا لم يخرج من التبعية، حتى لو ذكر لم يجز وفاقًا؛ لأنه صار أصلًا من كل وجه، ولو باع أرضًا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلام: يجوز، ولو أجر لا يجوز؛ لأن الشرب في البيع أصل من حيث إنه يقوم بنفسه، وتبع من حيث إنه لعينه، فمن حيث إنه تبع لا يباع من غير أرض، ومن حيث إنه أصل يجوز مع أي أرض كانت وفي الإجارة تبع من كل وجه. اهـ. ملخصًا. وللشرنبلالي رسالة في الشِّرب ذكر فيها الصور الصحيحة والفاسدة في جدول فراجعها، وذكر فيها أيضًا أن الصحيح أنه لا يجوز البيع أيضًا كالإجارة في المسألة المذكورة[١].

وتتفق هذه المادة في عمومها مع ما ورد في المادة (١٠١٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، « يكسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني أو بمقتضى الحيازة عند سماع الدعوى »[٣].

---

(١) راجع: رد المحتار: ٥/ ٨١، ٦/ ٤٤٦، تبيين الحقائق: ٦/ ٤٤، العناية: ١٠/ ٨٧، درر الحكام: ١/ ٣٠٩، البحر الرائق ٨/ ٢٤٧، مجمع الأنهر: ٢/ ٥٦٨.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠١٩)، ص: ٤١١.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (١٠١٦) من مشروع القانون المدني المصري.

المادة المذكورة تقابل المادة (١٢٧٢) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (١٠١٦) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (١٢٧٢) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (١٠١٦٥) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (٢١٦) من المجلة على ما يأتي: « يصح بيع حق المرور، وحق الشِّرب والمسيل تبعًا للأرض والماء تبعًا لقنواته »، ونصت المادة (١٢٢٤) على ما يأتي: «يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل، يعني ترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه؛ لأن الشيء القديم يبقى حاله على حكم المادة (٦)، ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه، أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له؛ يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له، وإن كان قديمًا ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش. راجع المادة (٢٧).

مثلًا: إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمادة، فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه ».

وتتفق كذلك مع المادة (١٠١٦) من القانون المدني المصري، ونصها:

« ١- حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث.

٢- ولا يكسب بالتقادم إلّا الارتفاقات الظاهرة ».

***

الفَصْلُ الثَّانِي

في حق المرور والمجرى والمسيل

(مادة ٤٨) : القديم يبقى على قدمه في حق المرور والمجرى والمسيل ما لم يكن غير مشروع من أصله، فإن كان كذلك فلا اعتبار له، ويزال إن كان فيه ضرر بيِّن[١].

فإن كان لدار مسيل قذر في الطريق العام وكان مضرًّا بالعامة يرفع ضرره[٢] ولو كان قديمًا، ولا يعتبر قدمه[٣].

(١) يعتبر القدم في حق المرور، وحق المجرى، وحق المسيل؛ يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه ولا يتغير ما لم يقم دليل على خلافه، أمَّا القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له؛ يعني أن الشيء المعمول بغير صورة مشروعة في الأصل وفي ابتداء وضعه لا اعتبار له، ولو كان قديمًا، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش.
درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٢٤).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: اعلم أن هذه الحقوق، إما أن تكون ثابتةً للشخص من قديم الزمان أو لا.
فإن كان الأول؛ فإما أن يترتب على إبقائها ضرر فاحش أو لا، وكل له حكم يخصه.
فإن كانت ثابتة قديمًا ولم يترتب على استيفائها ضرر فلصاحب الحق استيفاؤها؛ لأن الأصل بقاء القديم على قدمه؛ إذ الغالب أنه لم يستفد هذا الحق إلا بوجه شرعي، والقديم هو الذي شوهد وجوده، ولا يعرف الأقران الأمر الذي كان عليه قبل الحالة المشاهدة الآن، كما إذا شوهد إنسان يمر في ملك إنسان آخر مدة طويلة بحيث لا تعلم الناس ابتداءً حق مروره، فإذا ثبت الحق بهذه الكيفية سمي قديمًا واكتسبه صاحبه.

(٣) انظر: كتاب منح الجليل : ٨/ ٧٨، حاشية البيجرمي على المنهج : ٣/ ١٩٥، مطالب أولي النهى : ٤/ ١٩٦.
وجاء في الموسوعة الفقهية : ٣٧/ ٣٠٥: « يعتبر القدم في حق المسيل - لكن القدم غير منشئ للحق، وهذا متفق عليه مع تفصيل أورده بعض المذاهب - ومعنى اعتباره: أن يترك المسيل وما يماثله كالميزاب على وجهه القديم الذي كان عليه؛ لأن الشيء القديم يبقى على حاله ولا يتغير، إلا أن يقوم الدليل على خلافه، أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له، يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له، وإن كان قديمًا، ويزال إن كان فيه ضرر فاحش؛ لأن القاعدة العامة لبقاء حق المسيل وما يماثله من حقوق: ألَّا يترتب عليها ضرر، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر؛ فمثلًا إذا كان لدار مسيل ماء قذر في الطريق العام، ولو من القديم، وكان فيه ضرر للمارة فإن ضرره يرفع، ولا اعتبار لقدمه؛ لأن الضرر لا يكون قديمًا لوجوب إزالته، قال البهوتي : ومتى وجد سيل مائه في حق غيره، أو وجد مجرى ماء سطحه على سطح غيره ولم يعلم سببه فهو حق له؛ لأن الظاهر وضعه بحق من صلح أو غيره خصوصًا مع تطاول الأزمنة، وقال المالكية: القدم يتحقق بمضي عشر سنوات عند ابن القاسم، وبمضي عشرين سنة عند أصبغ، وعن سحنون في مصب ماء أو مسيل يكفي مضي أربع سنوات عليه، قال الونشريسي : وبالأول مضى العمل، وقد فرع الحنفية والحنابلة على ذلك فروعًا؛ فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية : لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم وإلى الآن، فليس للجار منعه قائلًا: لا أدعه يسيل بعد ذلك، قال في الخانية : وهذا جواب الاستحسان في الميزاب ومسيل ماء السطح، وفي القياس: ليس له ذلك إلَّا أن يقيم البينة أن له مسيل ماء في داره، والفتوى على جواب الاستحسان، وذكر الحنابلة نحوه. قال البهوتي : فإن اختلفا في أنه وضع بحق أو لا؛ فقول صاحب المسيل ونحوه إنه وضع بحقٍّ مع يمينه عملًا بظاهر الحال، فإن زال فلربه =

تناول المؤلف في هذه المادة حق المرور والمجرى والمسيل متى يعتبر ويبقى؟ ومتى يرفع ويمنع؟ وذلك بالتفريق في هذه الحقوق بين أن تكون قديمة أو حديثة؛ فإن كانت قديمة فإمَّا أن تكون في أصلها مشروعة أو غير مشروعة، وبين أن تكون هذه الحقوق في المنافع العامة أو الخاصة كالطرق العامة ونحوها وقد تضر بها وقد لا تضر.

فالأصل أن القديم يبقى على قدمه في هذه الحقوق إن كان أصلها مشروعًا، ولا تزال لو أضرت بغير مستحقها، ولكن هذه الحقوق مع كونها قديمة إلَّا أنها قد لا تعتبر تزال إذا كانت غير مشروعة من أصلها، ولا بد من إقامة البينة على ذلك، فإن قامت البينة على عدم مشروعيتها من الأصل فلا اعتبار لقدمها، وتزال كذلك إن كان فيها ضرر بيِّن، فإذا كانت هذه الحقوق قديمة مشروع أصلها ولم يكن فيها ضرر فليس لأحد أن يمنعه من استيفائها، فإذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر وأراد رب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن ذلك، ويتركه على حاله وإن لم يكن في يده ولم يكن جاريًا فيها.

وفي الذخيرة عن أبي الليث: لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم، فليس له منعه، وهذا استحسان جرت به العادة، أما أصحابنا فقد أخذوا بالقياس، وقالوا: له ذلك إلا أن يقيم البينة أن له حق المسيل، والفتوى على ما ذكره أبو الليث، وفي البزازية: وبه نأخذ، وهو موافق لقاعدة أن القديم يترك على قدمه.

ولكن لجاره أن يمنعه من استيفائها عن طريق الاعتداء على ملكه.

فليس له أن يدخل في أرض غيره ليعالج نهره إذا لم يكن له فيها، أي الطريق طريق، فلو كان لرجل نهر في أرض رجل، فأراد أن يدخل في أرضه ليعالج من النهر شيئًا فمنعه رب

= إعادته؛ لأن الظاهر استمرار حقه فيه فلا يزول حتى يوجد ما يخالفه، وجاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٣٠): «دور في طريق لها ميازيب من قديم منصوبة على ذلك الطريق، ومنه تمتد إلى عرصة واقعة في أسفله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم، فإنْ سَدَّه يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد إلى وضعه القديم»؛ لأنه يريد بالسد دفع الضرر عن عرصته، وفي ذلك ضرر بالطريق الذي تنصب إليه الميازيب وهو لا يجوز؛ لأن ذلك الطريق إن كان خاصًّا ففيه دفع الضرر الخاص بمثله، وقد ورد في المادة (٢٥) أن الضرر لا يزال بمثله، وإن كان عامًّا ففيه دفع الضرر الخاص بالضرر العام، وقد ورد في (المادة ٢٦): أنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ولا سبيل إلى رفع الميازيب عن الطريق الخاص؛ لأنها قديمة. ولا عن الطريق العام؛ لأنه لم يتحقق الضرر؛ حيث كان مسيل الماء إلى العرصة المذكورة قديمًا، فاتضح بما ذكر أن المراد بالطريق في هذه المادة ما يعم الخاص والعام كما هو مقتضى الإطلاق، وقال في المادة (١٢٣٢) من المجلة: «حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار أو لمشتريها إذا باعها منع جريه، بل يبقى كما في السابق»، قال شارحها: نعم للمشتري إذا لم يكن عالمًا بذلك وقت البيع خيار الفسخ؛ لأنه عيب وهو ثابت بحقٍّ لازم وليس للمشتري منعه كما في جامع الفصولين».

الأرض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه، إلَّا أن يمضي في بطن النهر، وكذلك القناة والبئر والعين؛ لأنه لا حق له في أرضه، ولا ضرورة للتطرق في أرضه، لتمكنه من تحصيل مقصوده بأن يمضي في أرض النهر، فإن كان له طريق في الأرض، فله أن يمر في طريقه إلى النهر والعين والقناة؛ لأنه يستوفي ما هو مستحق له[١].

ومما ترفع فيه هذه الحقوق، ولو كانت قديمة للضرر، أنه إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام، وكان مضرًّا بالعامة يرفع ضرره ولو كان قديمًا، ويتقيد استعمال المنافع العامة من طرق وأنهار وغيرها لكل أحد بعدم الإضرار بالعامة، فإن أضرت بهم يزال ولو كان قديمًا؛ لأنها لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لأحد، فكان الناس فيها كلهم على السواء، فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع، لكن بشريطة عدم الضرر بالعامة، وإن أضرَّ بهم فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينًا أنه حق لعامة المسلمين.

وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم، وسئل أبو يوسف عن نهر مرو، وهو نهر عظيم، أحيا رجل أرضًا كانت مواتًا فحفر لها نهرًا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد، فساق الماء إليها من ذلك النهر، فقال أبو يوسف: إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك، وإن كان لا يضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا، وسئل أيضًا: إذا كان لرجل من هذا النهر كوة معروفة هل له أن يزيد فيها؟ فقال: إن زاد في ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك، ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر، فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك، وإن كان لا يضر بالنهر.

ووجه الفرق : أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة، وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشريطة الضرر، والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر، والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك، هذا هو الفرق[٢].

***

● (مادة ٤٩) : إذا كان لأحد حق المرور في أرض شخص آخر، فليس لصاحبها أن يمنعه من المرور منها[٣] ....

---

(١) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٩٣.

(٢) راجع : المبسوط : ٢٣/ ١٧٨، ١٨٧، تبيين الحقائق : ٦/ ٤٢، البحر الرائق : ٨/ ٢٤٥، مجمع الأنهر : ٢/ ٥٦٦، رد المحتار : ٦/ ٤٤٤، بدائع الصنائع : ٦/ ١٩٢.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٨١٦) من الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية. انظر :=

وله أن يقود دوابه وعربته إذا كان له هذا الحق[1].

=المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ص : ٣٢٣.

(١) جاء في الموسوعة الفقهية : ٢٨/ ٣٥٤: « الطريق غير النافذ ملك لأهله، فلا يجوز لغير أهله التصرف فيه إلَّا برضاهم، وإن لم يضر؛ لأنه ملكهم، فأشبه الدور، وأهله من لهم حق المرور فيه إلى ملكهم من دار، أو بئر، أو فرن، أو حانوت، لا من لاصق جداره الدرب من غير نفوذ باب فيه؛ لأن هؤلاء هم المستحقون الارتفاق فيه، ويستحق كل واحد من أهل الطريق غير النافذ الارتفاق بها بين رأس الدرب وباب داره؛ لأن ذلك هو محل تردده، ومروره، وما عداه هو فيه كالأجنبي من الطريق، وفي قول للشافعية: لكل من أهل الدرب غير النافذ الارتفاق بكل الطريق؛ لأنهم ربها يحتاجون إلى التردد والانتفاع به كله؛ لإلقاء القمامات فيه عند الإدخال والإخراج، أما البناء فيه وإخراج روشن، أو جناح، أو ساباط، فلا يجوز لأحد منهم، إلا برضا الباقين، كسائر الأملاك المشتركة؛ لأنه بناء في هواء قوم معينين فلا يجوز بغير رضاهم، وفي قول للشافعية: يجوز لبعض أهل الدرب إخراج ما ذكر إلى الطريق المسدود بغير رضا الباقين إن لم يضر؛ لأن لكل واحد منهم الانتفاع بقراره، فيجوز الانتفاع بهوائه، وهو قول عند المالكية، قال الزرقاني: وهو المشهور، والأول ضعيف ».

وفيها أيضًا ٣/ ١٤ : أن الحنفية يطلقون الارتفاق على ما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع؛ كالشِّرب ومسيل الماء والطريق والمرور والمجرى والجوار، وأن أبا يوسف خص الارتفاق بمنافع الدار.

الشِّرب لغةً: النصيب من الماء، وفي الاصطلاح: هو النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها، وركنه الماء؛ لأنه يقوم به. وشرط حله أن يكون ذا حظ من الشرب، وحكمه الإرواء؛ لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله.

مسيل الماء: المسيل: المجرى، ومسيل الماء: مجراه، وإذا كان لشخص مجرى ماء جار أو سياق ماء بحقٍّ قديم في ملك شخص آخر فليس لصاحبه منعه، وإذا كان لدار مسيل مطر على دار جار من قديم فليس للجار منعه، وصورة حق المسيل: أن يكون لرجل أرض لها مجرى ماء في أرض أخرى.

حق التسييل: صورته أن تكون لشخص دار لها حق تسييل الماء على أسطحة دار أخرى، أو على أرض دار أخرى الطريق.

حق المرور: هو أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر، والحكم فيه ما نصت عليه المادة (١٢٢٥) من مجلة الأحكام، ونصها: « إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر، فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور »، وقد نصت المادة (١٢٢٤) على حكم عام يتعلق بثبوت الحقوق في المرافق، وهو: « يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل؛ يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه؛ لأن الشيء القديم يبقى على حاله بحكم المادة (٦)، ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه، أمَّا القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له، يعني إذا كان الشيء المعمول به غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديمًا، ويزال إن كان فيه ضرر فاحش، مثلًا: إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام، ولو من القديم، وكان فيه ضرر للمارة؛ فإن ضرره يرفع، ولا اعتبار لقدمه ».

وفي شرح المادة قال الأتاسي: « وكذا لا اعتبار لقدمه إذا كان غير مشروع، وإن كان ضرره خاصًّا، كما إذا كان لرجل كوة تشرف على مقر نساء جاره، فإنه يجب إزالة الضرر وإن كان قديمًا، كما أفتى في الحامدية قائلًا: ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بينًا، ولو كان مشروعًا، كما إذا ثبت بالبينة الشرعية أن الجار أحدث البناء بعد أن كانت الكوة تشرف على أرض سبخة لا يجب عليه إزالة الضرر ».

حق التعلي: نصت المادة (١١٩٨) من المجلة على أن : « كل أحد له التعلي على حائطه الملك، وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضررًا فاحشًا ». وقال الأتاسي في شرح المادة: « ولا عبرة بزعمه أنه يسد عنه الريح والشمس، كما أفتى به في الحامدية؛ لأنه ليس من الضرر الفاحش، وفي الأنقروية: له أن يبني على حائط نفسه أزيد مما كان، وليس لجاره منعه وإن بلغ عنان السماء ».

أقول: هذا مسلم إذا كان التعلي يسد الريح والشمس عن مثل ساحة دار الجار، أمَّا إذا كان يسدهما عن سطح بيته المسقف بالخشب؛ فالظاهر أنه يمنع منه على ما أفتى به المتأخرون.

بيَّن المؤلف في هذه المادة حكم مرور أحد في أرض غيره، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن اعتبار القدم في حق المرور والمجرى والمسيل وعدم اعتباره.

وحق المرور باعتباره حقًّا مشروعًا ليس لأحد أن ينازع صاحبه في استيفائه، وإن تعلق بغيره، فصاحب الأرض ليس له أن يمنع من له حق المرور فيها، وكذلك له أن يقود دابته وعربته إذا كان له هذا الحق، فإن لم يكن له فلرب الأرض أن يمنعه من المرور؛ فإذا كان لرجل نهر في أرض رجل، فأراد أن يدخل في أرضه ليعالج من النهر شيئًا فمنعه رب الأرض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه إلا أن يمضي في بطن النهر، وكذلك القناة والبئر والعين؛ لأنه لا حق له في أرضه، ولا ضرورة إلى التطرق في أرضه لتمكنه من تحصيل مقصوده بأن يمضي في أرض النهر.

أمَّا إذا كانت له أرض ملك وليس لأحد حق المرور فيها، و أراد المسلمون أن يمروا في تلك الأرض ليسقوا من ذلك الماء فمنعهم منه، فإن لم يكن لهم طريق غيره لم يكن له أن يمنعهم، وإن كان يملك رقبتها ولكنهم يمرون في أرضه ومشرعته بغير إذنه؛ لأن الموضع موضع الحاجة والضرورة، فالماء سبب لحياة العالم؛ قال اللَّه تعالى: ﴿ وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ ﴾ [الأنبياء: ٣٠]؛ فإذا لم يجدوا طريقًا آخر كان هذا الطريق متعينًا لوصولهم منه إلى حاجتهم فليس له أن يمنعهم من ذلك، فإن كان لهم طريق غير ذلك كان له أن يمنعهم؛ لأنه لا ضرورة إلى التطرق في ملكه، وهو نظير من أصابته مخمصة يباح له أن يتناول من طعام الغير، فإن كان عنده مثل ذلك الطعام لم يكن له أن يتناول من طعام الغير بغير إذنه، إلا أن هناك عند الضرورة يجب الضمان لما في التناول من إتلاف مال متقوم على صاحبه، وهنا

= حق الجوار: نصت المادة (١٢٠١) من المجلة على أن: «منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية، كسد الهواء والنظارة، أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش؛ فإذا أحدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره، وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة، فله أن يكلف رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال: الضياء من الباب كاف؛ لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب، وإن كان لهذا المحل شباكان فسد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يضر ضررًا فاحشًا»، والعلة في المنع هو تحقق الضرر الفاحش، فإذا تحقق منع، وإلا أبيح، تلك هي حقوق الارتفاق عند الحنفية، ويمكن إنشاء حقوق ارتفاق أخرى غيرها حسبما يجري العرف واستعمال الناس، فإن حدثت حقوق ارتفاق أخرى بالاستعمال تطبق عليها الأحكام السابقة، ففي وسائل المواصلات العامة مثلًا، كالقطارات والطيارات والسيارات، والمقاعد في الأماكن العامة وغيرها، إما أن يخصص مقعد معين لكل راكب أو لا، فإن خصص لكل راكب مقعد معين فلا يجوز لغيره أن يجلس فيه إلا بإذنه، وأما إذا لم تعين المقاعد للراكبين، فلكل راكب أن يجلس في المقعد الذي سبق إليه، وهكذا الأمر في كل ما كان من هذا القبيل.

هذا وقد أورد فقهاء المالكية والحنابلة أحكام المرافق السابقة، لكن تحت عناوين أخرى غير الارتفاق، حيث أوردها المالكية في باب (نفي الضرر وسد الذرائع)، وأوردها الشافعية في باب (تزاحم الحقوق) وأوردها الحنابلة في باب (الصلح).

ليس في المرور بين أرضه إتلاف شيء عليه[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨١٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١- « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض يدفعه مقدمًا، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور أخف ضررًا وفي موضع يتحقق فيه ذلك.

٢- وإذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئًا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء »[٣].

وهذه المادة تتفق مع المادة (١٠٥٩) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (١٢٩٠، ١٢٩١) من التقنين الأردني اللتين تتفقان مع المادة (٨١٢) من التقنين المصري الحالي.

وفيما يتعلق بحكم الفقرة التالية من المادة المقترحة، باعتبار أن الحق في المرور لصالح الجزء الذي ينحبس من مستلزمات التصرف الذي أدى إلى التجزئة، نصت المادة (١١٦٥) من المجلة على ما يأتي: « حق الطريق والسير في الأراضي المجاورة للمقسوم داخل في القسمة على كل حال، يعني في أي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها، سواء قبل بجميع حقوقها حين القسمة أو لم يقبل ».

---

(١) راجع: المبسوط: ٢٣/ ١٩٢، ١٩٣.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مادة رقم: (٨١٦)، ص ٣٢٣.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٨١٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١-« مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررًا، وفي موضع يتحقق فيه ذلك.

٢- على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئًا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء ».

(مادة ٥٠) : للمبيح أن يرجع عن إباحته، ولا يلزم بالإذن والرضا، فإن لم يكن لأحد حق المرور في عرصة آخر، ومر فيها مدة بإذن صاحبها فلا يترتب على مروره حق له، بل لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور متى شاء[١].

تناول المؤلف في هذه المادة إباحة صاحب الملك المرور لآخر وحكم هذه الإباحة في إطار بيان أحكام حق المرور، وبوجه العموم، فإن الإباحة تصرف غير لازم، فللمبيح أن يرجع عنه في أي وقت شاء ولو قبل انقضاء الوقت الذي وقَّته؛ ولا يشترط فيه رضا المباح له وإذنه؛ لأنه تبرع محض فلو أباح صاحب الأرض لأحد المرور فيه فله المرور حتى يمنعه صاحبها؛ لأن له حق الرجوع كما قلنا، ولا يلزم من مروره مدة في أرض أن تنقلب هذه الإباحة إلى حق يورث ويوصى به، بل له أن يمنعه متى شاء، وليس لأحد حق في ملك غيره إلا باعتبار القدم، فالقديم يترك على قدمه، فلو كان لغيره فيه حق المرور مدة طويلة فليس له أن يمنعه منه ولا أن يحجبه عنه، وأما مجرد إباحة المرور لغيره فلا يترتب على هذه الإباحة حق فيه[٢].

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٩٢٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها: « لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح »[٤].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ثبت أن الملك متى كان خاصًا، سواء كان لواحد أو لمتعدد فلا يثبت لغيره عليه حق من هذه الحقوق إلا بإذن المالك ما لم يكن الحق قديمًا، فلو أذن له ثبت له الحق، لكن لا على وجه الاستمرار؛ بل للمالك منعه متى أراد.

وينبني على ذلك : أنه إذا أباح شخص لغيره المرور في عرصة داره أو أرضه ومر فيها مدة بعد هذا الإذن فلا يترتب على مروره حق له، بل لصاحب العرصة منعه من المرور متى شاء؛ لأنه مجرد إعارة، والأصل أن المعير له أن يرجع في العارية متى أراد، وللمبيح حق الرجوع عن إباحته، والضرر لا يلزم بالإذن والرضا، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٢٦).

(٢) راجع : رد المحتار : ٥/ ٦٧٧، البحر الرائق : ٧/ ٢٨٠.

(٣) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٢٠)، ص: ٣٧٦.

(٤) هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٩٤٩) من مشروع القانون المدني المصري، التي تنص على ما يأتي: « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح ».
والمادة المذكورة تطابق المادة (٩٠٧) من التقنين الكويتي، وتتفق مع ما جاء في المادة (٢/ ١١٤٥) من التقنين العراقي.
وعدم قيام الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات يتفق مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي.
أمّا عدم قيام الحيازة بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، فإن فقهاء المذهب المالكي قد تحدثوا عنه بمناسبة الحيازة =

(مادة ٥١) : من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم[(١)] في ملك شخص آخر فليس لصاحبه[(٢)] منعه[(٣)].

تناولت هذه المادة حكم من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم في ملك شخص

= بين الأقارب والتميز بينهم وبين الأجانب، واحتمال أن تكون أعمال الحيازة بين الأقارب من قبيل التسامح، وهم في هذا يحددون مددًا للحيازة بين الأقارب تختلف باختلاف أعمال الحيازة، كما أنهم يميزون بين البلاد التي يتوسع أهلها في أعمال التسامح فيما بين الأقارب، فتطول مدة الحيازة بينهم، والبلاد التي لا يتوسع الأقارب فيها في أعمال التسامح فيما بينهم فتقصر هذه المدة، ومن أقوالهم ما يقوله المواق: «... وقيل أن يفرق بين القرابات والأجنبيين في البلاد التي يعرف أهلها أنهم يتوسعون بذلك لقرابتهم، ومن هذا المعنى ما نقله البرزلي عن الباجي أن عشر سنين لا تقطع حق القرابة، إلا أن يثبت أن بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك الحق به هذه المدة، وحكى مثل هذا في الحقوق في غير الأملاك». الحطاب : ٦/ ١٣٦.

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠١٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ينبني على ذلك أنه إذا ثبت لشخص حق من هذه الحقوق على ملك غيره فلا يجوز لصاحب الملك منعه من استيفاء أكثر من حقه، وإذا كان لأحد حق المرور لمنزله أو بستانه مجردًا عن رقبة الطريق في عرصة آخر، فأخذ أرضًا بملك أو وقف أو حكر من الأراضي الأميرية فليس لصاحب العرصة أو المزرعة أن يمنعه من المرور أو العبور إلى الأرض التي لها. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٢٥).

(٣) جاء في كتاب المنتقى شرح الموطأ : ٦/ ٤٤ : «ومن بنى بنيانًا يطل منه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: من بنى على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين؛ فإن كان لإشراف مكانه فقط لم يمنع، وإن وجد عنه مندوحة، وكذلك إن أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه أنه لم يمنع إذا كان ذلك حال ذلك الموضع قبل البناء، وإن كان اطلاعه على الموردة بفتح بابها إلى الموردة، أو كوة منع ذلك، ووجه ذلك أن ما كان من خلق الباري - تعالى - وحال بقعة الأرض لم يمنع؛ لأنه أمر قد تقادم واستحق، وإنما يغير المحدث.

إذا ثبت ذلك؛ فالضرر على ضربين: محدث وقديم، فأما المحدث: فقد تقدم حكمه، وأما القديم: فقد قال سحنون في قناة قديمة في حائط رجل: لا يغير القديم وإن أضر بجاره، وكذلك قال في الأفران: توقد للفخارين بين دور قوم ربما شكا جيرانها دخانها أن القديم منها لا يعرض له، وقال ابن القاسم في المجموعة: من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم، وهذا كله على نص غير ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون في تبن الأندر، فإنهما منعا منه، ويلزمهما مثل ذلك في القناة القديمة في الحائط والله أعلم وأحكم».

وجاء في كتاب أسنى المطالب : ٤/ ٤٣٠ : «في رجل يجري ماء في ملك الغير إلى ملك نفسه، فقال صاحب الملك لا حق لك فيه إنما هو عارية، وادعاه المجرى فالقول قول صاحب الملك بيمينه، قال: فإن طالت مدة إجراء الماء على رسم الملاك ولم ينازعه صاحب الملك ولا غيره فيه جاز أن يشهد له بالاستحقاق، قلت: ظاهر كلامه أن القول قول المالك مع طول المدة، وهو ظاهر إذا علم أن الإجراء إنما حدث في ملك هذا المالك، أما لو لم يعلم ابتداؤه ففيه نظر».

وجاء في كتاب الإنصاف : ٥/٢٤٩ : «إذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره من غير ضرر عليه، ولا على أرضه: لم يجز له ذلك إلا بإذن ربها، إن لم تكن حاجة ولا ضرورة، بلا نزاع، وإن كان مضطرًا إلى ذلك لم يجز أيضًا إلا بإذنه، على الصحيح من المذهب؛ قال المصنف، وصاحب الحاوي الكبير، والشارح: هذا أقيس وأولى، وقدمه في الفروع، وعنه: يجوز، ولو مع حفر، اختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وصاحب الفائق، وقدمه في الرعاية الكبرى: وجزم به في الوجيز. وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق. فعلى الرواية الثانية: لا يجوز فعل ذلك إلا للضرورة، وهو ظاهر ما قطع به في المغني، والشرح، والحاوي الكبير، وجزم به في الفائق، والوجيز، وقيل : يجوز =

آخر وذلك بعد الحديث في المادة السابقة عن إباحة صاحب الملك المرور لآخر، وعدم ترتب الأحقية اعتمادًا على هذه الإباحة.

ونشير إلى أن ما وجد قديمًا يترك على حاله ولا يغير إلا بحجة[١]، فالقديم يبقى على قدمه[٢]، فإذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر، وأراد رب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن ذلك، ويتركه على حاله؛ لأن موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له بإجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه، وعلامة كون النهر في يده كريه وغرس الأشجار في جانبيه وسائر تصرفاته، فإن لم يكن في يده، بأن لم يكن مستعملًا بإجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر ولم يكن جاريًا فيها - أي في الأرض في وقت الخصومة - ولم يعلم جريانه قبلها،فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له إن كان يدعي رقبة النهر، أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعي الإجراء في هذا النهر، فإذا أقامها يقضى له لإثباته بالحجة ملكًا له، يعني في الأول أو حقًا مستحقًا فيه يعني في الثاني، فإن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة.

أما إن كان جاريًا وقتها أو علم جريانه قبلها فيقضى له به، إلا أن يبرهن صاحب الأرض أن هذا النهر له، أو أن مجراه كان له في هذا النهر مسوق لسقي أراضيه[٣].

***

● **(مادة ٥٢) : إذا كان لدار مسيل مطر[٤] على دار الجار من القديم[٥]، فليس للجار منعه.**

بينت هذه المادة حكم منع صاحب الدار جاره من حقه القديم في مسيل مطره على داره،

=للحاجة. وصاحب الرعايتين والحاوي الصغير إنما حكوا الروايتين في الحاجة، وأطلق القولين في الفروع، وأطلقهما ابن عقيل في حفر بئر، أو إجراء نهر أو قناة، نقل أبو الصقر: إذا أساح عينًا تحت أرض، فانتهى حفره إلى أرض لرجل أو دار فليس له منعه من ظهر الأرض ولا بطنها إذا لم يكن عليه مضرة ».

(١) المبسوط: ١٩/ ٤، ٢٣/ ١٨١.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ٤٢، البحر الرائق: ٨/ ٢٤٥،الدر المختار: ٦/ ٤٤٤.

(٣) راجع: المبسوط: ٢٣/ ١٨٧، تبيين الحقائق: ٦/ ٤٢، البحر الرائق: ٨/ ٢٤٦، مجمع الأنهر: ٢/ ٥٦٦، الدر المختار: ٦/ ٤٤٤.

(٤) إذا كان ماء المطر - مطر دار - يسيل من القديم بحق إلى دار الجار أو ساحته، فليس للجار منعه قائلًا: لا أدع ماء المطر يسيل بعد ذلك، وعليك أن تجري الماء من محل آخر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٢٩).

(٥) جاء في كتاب التاج والإكليل: ٧/ ١١١: « (وكنس مرحاض) أشهب: كنس بئر المرحاض على صاحب السفل؛ لأنه بئره، ولصاحب العلو أن يلقي فيه سقاطته، وأن يرتفق به فهو كسقف السفل، ولابن القاسم نحوه، انتهى من ابن يونس، وذكر ابن رشد قولًا آخر أنه عليهما بقدر الجماجم قال: وعليهما الخلاف في كنس كنيف الدار المكراة، روي عن ابن القاسم أنه على ربها، وروي عنه أيضًا أنه على المكتري، وفي المدونة دليل على القولين.ا هـ ». =

وذلك بعد أن تناولت المادة السابقة حكم تصرف من كان له مجرى أو سياق ماء جارٍ بحق قديم في ملك شخص آخر.

وقد سبق أن ذكرنا أن ما وجد قديمًا يترك على حاله ولا يغير إلا بحجة[1]، فالقديم يبقى على قدمه[2] طبقًا للقاعدة؛ فلو كان لرجل ميزاب في دار رجل فأراد أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار، فليس له أن يسيل فيه الماء حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيلًا؛ لأن الميزاب مركب في ملكه كالباب فلا يستحق به حقًّا في دار الغير إلا بحجة، فإن أقام البينة أنهم قد رأوه

= وجاء في كتاب أسنى المطالب : ٢/ ٢٢٧: « (فصل يجوز بيع حق إجراء ماء المطر لا غيره) من سطح المشتري (على السطح)؛ أي سطح البائع لينزل الطريق (وإجارته وإعارته) كما يجوز ذلك على الأرض، هذا (إن عرفت السطوح التي يجري) الماء (منها وإليها) ومجرى الماء كما ذكره الأصل لاختلاف الغرض بها، ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر؛ لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة، وخرج بماء المطر ما صرح به من زيادته بقوله: لا غيره كماء نهر أو عين أريد سقي الأرض به؛ لما سيأتي في ماء الغسالة (فإن بنى) على سطحه بعد العقد (ما يمنع النفوذ) لماء المطر (نقبه المشتري والمستأجر) وأجريا الماء فيه لملكهما المنفعة (لا المستعير)؛ لأن بناء ذلك رجوع في العارية (ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركته)؛ أي الغير (في العمارة) له إذا انهدم، ولو بسبب الماء؛ لأنها تتعلق بالآلات، وهي لمالكها؛ ولأن الانهدام بسبب الماء تولد من مستحق (وأما الأرض فلا حاجة في العارية) لها (إلى بيان؛ لأنه يرجع) فيها (متى شاء والأرض تحمل) ما تحمل (وإن استأجرها) لإجراء الماء فيها (وجب بيان موضع الساقية)، وهي المجراة (وطولها وعرضها وعمقها وقدر المدة) إن كانت الإجارة مقدرة بها وإلا فلا يشترط بيان قدرها كنظيره فيما مر في بيع حق البناء. قال في الشامل: ولو صالح على أن يجري الماء في ساقية في أرض غيره فهي إجارة، قال في الأم: ويجب تقدير المدة، قال أصحابنا: وإنما يصح إذا كانت الساقية محفورة، وإلا فلا يصح؛ لأن المستأجر لا يملك الحفر؛ ولأن ذلك إجارة لساقية غير موجودة فاشتراطه كون الساقية محفورة؛ إنما ذكر في العقد على إجراء الماء في ساقية لا في العقد على إجرائه في أرض كما صنع في الأصل، بل ولا يناسب ذكره فيه؛ لأنه لا يجامع اشتراط بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها؛ فلهذا تركه المصنف، وقول الشامل: إن هذا إجارة يخالفه كلام الكفاية، فإنه يقتضي أن المعروف أنه بيع، قال: سواء وجه العقد إلى الحق بأن قال: صالحتك على إجراء الماء أم إلى العين بأن قال: صالحتك على مسيل الماء، والأوجه فيما إذا وجهه إلى الحق أنه عقد فيه شائبة بيع وإجارة، وذكر في الأصل أنه إن باعها بأن قال: بعتك مسيل الماء وجب بيان طولها وعرضها لا عمقها، أو: بعتك حق مسيل الماء فكما مر في بيع حق البناء، وكأن المصنف تركه للعلم به مما مر. (وليس للمستحق) في المواضع كلها (دخول الأرض من غير إذن مالكها إلا للتنقية) للنهر (وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه من النهر) تفريغًا لملك غيره (وليس لمن أذن له في إجراء) ماء (المطر) على السطح (طرح الثلج) عليه ولا أن يترك الثلج حتى يذوب، ويسيل إليه كما صرح به أصله (ولا أن يجري) فيه (ماء الغسالات)؛ لأن ذلك غير مأذون فيه، بل (ولا يجوز الصلح عليها)؛ أي على طرح الثلج عليه وإجراء ماء الغسالات عليه بمال؛ لأن الحاجة لا تدعو إليه، وفيهما جهالة، وفي الأول ضرر ظاهر، (ومن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر) ولا غيره ».

وجاء في كتاب الإنصاف : ٥/ ٢٦٦: « أنه لو وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك، أو حائط جاره، ولم يعلم سببه، فمتى زال فله إعادته، وكذا لو وجد مسيل ماء يجري في أرض غيره، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبهه، فإن اختلفا، فالقول قول صاحب الخشب ونحوه ».

(١) المبسوط : ١٩/ ٤، ٢٣/ ١٨١.

(٢) تبيين الحقائق : ٦/ ٤٢،البحر الرائق : ٨/ ٢٤٥،الدر المختار : ٦/ ٤٤٤.

يسيل فيه الماء لم يستحق بهذه الشهادة شيئًا، لما بينًا أنهم شهدوا بيد كانت له فيما مضى، وقد ذكر في كتاب الشرب أنهما لو تنازعا في نهر، وأحدهما يسيل فيه ماءه فالقول قوله؛ لأن يده قائمة في النهر باستعماله بتسييل الماء فيه، فأما هنا فليست له يد قائمة في الدار بتسييل الماء في الميزاب في وقت سابق.

وبعض مشايخنا من المتأخرين قالوا: إذا كان مسيل الماء إلى جانب الميزاب، ويعلم أنه قديم لم يحدثه صاحب السطح فإنه يستحق تسييل الماء فيه من غير بينة؛ لأن الظاهر شاهد له، فإن شهد الشهود أن له مسيل فهو لماء المطر، وإن شهدوا أنه لصب الوضوء فيه فهو لذلك؛ لأنهم بينوا صفة ما شهدوا به من الحق، وإن لم يفسروا شيئًا من ذلك فالقول قول رب الدار في ذلك مع يمينه؛ لأن أصل الحق ثابت بالشهادة، ولا يثبت صفته، والقول قول صاحب الدار؛ لأن ضرر ذلك يختلف في حقه، فإن المسيل لماء المطر يكون ضرره في وقت خاص، ولصب الوضوء فيه يكون الضرر في كل وقت، فيكون القول في البيان قول صاحب الدار، وعليه اليمين على جحوده دعوى صاحبه اعتبارًا للصفة بالأصل.

وإن كانت الدار التي ادعى الطريق أو المسيل فيها بين الورثة فأقر بعضهم بالطريق والمسيل، وجحد ذلك البعض لم يكن للمدعي أن يمر فيه، ولا يسيل ماءه بقول بعضهم؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع إلا بنصيب الجاحدين، وإقرار المقر ليس بحجة في حقهم فلا يتمكن من التطرق أو تسييل الماء في نصيب المقر خاصة؛ لأنه غير متميز عن نصيب شركائه، وهذا بخلاف الإقرار بالملك، فإن إقرار أحد الشركاء في نصيبه يجعل المقر أحق بنصيب المقر من حيث التصرف فيه، والانتفاع به؛ لتمكنه من ذلك في نصيب المقر على أن يكون قائمًا مقامه، وقد ذكر في موضع آخر: فإن وقع ذلك الموضع في نصيب المقر تطرق فيه المقر له، ويسيل ماءه، وإن وقع في نصيب غيره يضرب المقر له بالطريق أو المسيل في نصيب المقر بقدر ذلك، ويضرب المقر بحصته سوى الطريق والمسيل، فيكون بينهما على ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إن كانت الورثة ثلاثة ضرب المقر بثلث المسيل، وإنما أراد به إذا أقر له بملك الطريق أو المسيل، وأصله فيما ذكر في كتاب الإقرار، قال: وإذا كان مسيل الماء في قناة فأراد أن يجعله ميزابًا لم يكن له ذلك إلا برضاء أصل أهل الدار الذين عليهم المسيل، وكذلك لو كان ميزابًا فأراد أن يجعله قناة لم يكن له ذلك إلا برضاهم؛ لأن في القناة الماء لا يفيض على وجه الأرض، ولكنه مغور يسيل الماء في بطنه، وفي الميزاب يسيل الماء على وجه الأرض، فإذا أراد أن يجعل القناة ميزابًا ففيه زيادة ضرر على أهل الدار، بأن يفيض الماء في ساحة الدار، وإذا أراد أن يجعل الميزاب قناة يحتاج إلى حفر ساحة الدار وفيه ضرر على

صاحب الدار، وإنما يثبت له من الحق قدرًا معلومًا، فلا يكون له أن يلحق الضرر بهم في الزيادة إلا برضاهم، وقيل: هذا إذا لم يكن ذلك الموضع مملوكًا له، وإنما له تسييل الماء فيه، فأما إذا كان الموضع مملوكًا له، فله أن يجعل القناة ميزابًا، والميزاب قناة؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه، فلا يمنعه منه ضرر يلحق جاره.

قال: لو جعل ميزابًا أطول من ميزابه أو أعرض لم يكن له ذلك؛ لأنه إن جعله أطول كان انصباب الماء فيه من غير الموضع الذي كان حقه فيه، وإن جعله أعرض ينصب الماء فيه أكثر مما هو حقه، ولو أراد أن يسيل فيه ماء سطح آخر لم يكن له ذلك؛ لأنه لم يكن لذلك السطح حق تسييل الماء في هذه الدار، وفيه زيادة ضرر على صاحب الدار، وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه؛ لأنه ينصب الماء فيه في غير الموضع الذي هو حقه؛ وكذلك لو أراد أن يرفعه أو يسفله ففي كل ذلك نوع ضرر على صاحب الدار سوى ما كان مستحقًّا لصاحب الميزاب فلا يملكه إلا برضاه.

قال: ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسد مسيله لم يكن لهم ذلك؛ لأنهم قصدوا منع حق مستحق للغير في دارهم، وإن أرادوا أن يبنوا بناء يسيل ميزابه على سطحه كان لهم ذلك؛ لأنه لا ضرر فيه على صاحب الميزاب؛ إذ لا فرق في حقه بين أن ينصب ماء المطر في ساحة الدار أو على ظهر بيت يبنونه في ذلك الموضع، وليس لهم أن يبنوا في ساحة الدار ما يمنع صاحب الطريق من التطرق فيه، ولكنهم إذا أرادوا أن يبنوا الساحة ينبغي لهم أن يتركوا من الساحة بقدر الطريق، ويثبتون ما سوى ذلك؛ لأنه لا حق له إلا في موضع الطريق، فإن وقعت المنازعة بينهم في عرض ما يتركون له من الطريق جعلوه قدر عرض باب الدار؛ لأن ذلك متفق عليه فيرد عليهم المختلف فيه؛ ولأنه لا منفعة لصاحب الطريق في الزيادة على ذلك؛ فإنه لا يحمل مع نفسه في الطريق إلا ما يتمكن من إدخاله في باب الدار، ويتمكن لذلك في طريق عرضه مثل عرض باب الدار[1].

وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء، فأرادا أن يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة؛ لما قلنا، بل يقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق[2]؛ لأن صاحب المسيل له حق سيل الماء في ملك الغير، ولا شيء له من ملك ذلك الموضع، كما أن الشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى، وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصال ملكه بالدار المبيعة، والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار[3]، فلو صالحه على أن يصرف مسيل

---

(١) المبسوط: ١٧/ ٩٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٢٩.

(٣) المبسوط: ١٤/ ١٧١.

مائه إلى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة؛ لأنه ما ملكه بالصلح شيئًا من العين، وإنما أثبت له حق مسيل الماء في ملكه؛ وذلك لا يستحق بعقد مقصود؛ ولهذا لا يجوز استئجاره، فلا يكون للشفيع فيها الشفعة، وفي الكتاب أشار إلى حرف آخر، قال: ألا ترى أن المسيل لا يحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئًا؛ لأنه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراده، فإنه لا يسيل فيه، إلَّا من حيث وجب أول مرة، وقد كان ينبغي في القياس أن يأخذه بالشفعة، ولكنا نقول: تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا[١]، وكذلك فإن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق[٢].

***

● (مادة ٥٣) : إذا كان لأحد مجرى أو سياق[٣] ماء في دار آخر، فحصل به خلل تسبب عنه للجار ضرر، فللجار أن يجبر صاحبه على دفع الضرر عنه بتعميره وإصلاحه، أو عدم الإجراء فيه[٤]، وإذا أراد صاحبه إصلاحه فمنعه الجار من الدخول في داره يخير صاحب الدار بين أن

---

(١) المبسوط : ١٤/ ١٧٦.

(٢) المبسوط : ٢٣/ ١٧٥.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٨١٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) إذا امتلأ المجرور الجاري بحق في دار آخر أو تشقق وحصل منه ضرر فاحش لصاحب الدار فيجبر صاحب المجرور على دفع هذا الضرر بجبره على إصلاح المجرور، وليس لصاحب المجرور أن يقول لصاحب الدار: أصلحه أنت وادفع الضرر عنك، ولا يجبر صاحب المجرور على تعمير الخراب الذي حصل من سيل الأوساخ في الدار. درر الحكام شرح مجلة الأحكام : المادة (١٢٣٣).

وجاء في كتاب أسنى المطالب : ٢/ ٢٢٧: « (فصل) شرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره، قاله الإسنوي، ويجري ذلك أيضًا في الأرض الموقوفة، والمستأجرة كما قاله سليم في التقريب وغيره، قال: لكن يعتبر هنا أمران: التأقيت؛ لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقًا، وأن يكون هناك ساقية؛ لأنه ليس له إحداث ساقية فيها ابتداء.

وعند الحنابلة كما جاء في كتاب الفروع : ٤/ ٢٨٠: « أنه يحرم فتح باب في ظهر داره في درب مشترك إلا لغير الاستطراق، في المنصوص فيهما، ويصح صلحه عنه، ويجوز في درب نافذ، ويجوز نقل بابه في درب مشترك إلى أوله بلا ضرر، وفي الترغيب : وقيل: لا محاذيًا لباب غيره، ويحرم إلى صدره في المنصوص، بلا إذن من فوقه، وقيل: وأسفل منه، وتكون إعارة في الأشبه، وجوزه ابن أبي موسى إن سد الأول، وهو ظاهر نقل يعقوب، ويحرم تصرفه في جدار جار أو لهما حتى بضرب وتد، ذكره جماعة، ومن له حق ماء يجري على سطح جاره لم يجز لجاره تعلية سطحه ليمنع الماء ولا له تعليته لكثرة ضرره، ذكره ابن عقيل وغيره، وله الاستناد إليه أو إسناد قماشه، وفي النهاية: في منعه احتمالان، وله الجلوس في ظله ونظره في ضوء سراجه، نقل المروذي: يستأذنه أعجب إلي، فإن منعه حاكمه، ونقل جعفر: يضعه ولا يستأذنه؟ قال: نعم، إيش يستأذنه؟ قال شيخنا العين والمنفعة التي لا قيمة لها عادة لا يصح أن يرد عليها عقد بيع وإجارة، اتفاقًا كمسألتنا، وهل جدار مسجد كجار أو يمنع؟ فيه روايتان، وقيل: وجهان لأن القياس تركه للخبر، وهو في مالك معين، فمنعه في جدار جاره أولى، واختار أبو محمد الجوزي أنه لا يضع، ومتى وجده أو بناه أو مسيل مائه في حق غيره فالظاهر وضعه بحق، وله أخذ عوض عنه ».

يتركه يدخل ويصلح، وبين أن يفعل صاحب الدار ذلك بماله[١].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم حصول خلل من مجري الماء لشخص في دار غيره مما تسبب له بضرر، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن منع صاحب الدار جاره من حقه القديم في مسيل مطره على داره، والقاعدة أن المتسبِّب إذا كان غير متعد في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به[٢] لكن لو قصر في عمارة أملاكه أو مستحقاته مما تسبب في حدوث خلل أضر بجاره والذي يتعلق بملكه تلك الأملاك لهذا الشخص أو استحقاقاته، فمن كان له مجرى ماء يمر على سطح جاره استحقاقًا أو ملكًا، فعليه أن يعتني به وأن يعمره حتى لا يضر بصاحب الدار، ولكن إذا حصل خلل فتسبب للجار ضرر بسببه، فإنه - أي صاحب المجرى - لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ ولكن للجار أن يجبره على أن يصلحه ويعمره أو يمنعه من إجرائه فيه إن لم يصلح.

وفي هذه الحالة إذا أراد صاحبه إصلاحه فمنعه الجار من الدخول في داره يخير صاحب الدار بين أن يتركه يدخل ويصلح، وبين أن يفعل صاحب الدار ذلك، وهذا إذا لم يملك العمارة إلا عن طريق الدخول في دار جاره، فإذا كان لرجل نهر في أرض رجل فأراد أن يدخل في أرضه ليعالج من النهر شيئًا فمنعه رب الأرض من ذلك، فليس له أن يدخل أرضه إلا أن يمضي في بطن النهر، وكذلك القناة، والبئر، والعين؛ لأنه لا حق له في أرضه[٣].

وأما إذا تعمد صاحب المجرى عدم إصلاح هذا الخلل؛ فتسبب في ضرر جاره صار متعديا فيضمن، ولكن لا يلزمه - أي صاحب المسيل أو المجرى - عمارة سطح جاره باعتبار مسيل الماء فيه[٤].

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها،

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ما دام الشيء الذي يجري فيه الماء سليمًا فلا نزاع، أمَّا إذا تخرب المجرى أو محل سياق الماء، أو حصل فيه خلل نشأ عنه ضرر لصاحب الأرض التي بها المجرى أو القناة لزم صاحب حق الارتفاق إعادة ما تخرب وإصلاح ما اختل ليرفع الضرر؛ لأن الضرر يزال شرعًا، ولو منعه صاحب الأرض أو البيت من الدخول في أرضه أو بيته لإصلاح مجراه أو قناته يقال له: إما أن تتركه يدخل ويصلح، وإما أن تصلح الخلل من مال نفسك حيث منعته من الدخول في أرضك، ونفقات إصلاحه على صاحب الحق فيه؛ ولذا كان له الدخول من ملك غيره لهذا الغرض. وليس لصاحبه أن يمنعه من ذلك إلا أن يقوم هو بالإصلاح من ماله. الملكية في الشريعة الإسلامية، ص : ١٥١.

(٢) المبسوط : ١٥/ ٢٢.

(٣) المبسوط : ٢٣/ ١٩٣.

(٤) راجع : تبيين الحقائق : ٦/ ٤١.

سواء أكان ذلك ناشئًا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضًا عما أصابه من ضرر »[١].

والمادة المذكورة تتفق مع ما جاء في نهاية المادة (١٠٥٨/ ١) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (١٢٩٩) من التقنين الأردني.

***

● (مادة ٥٤) : إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق الخاص، وكان مضرًّا بأهله يرفع ضرره ولو كان قديمًا[٢]، ولا يعتبر قدمه[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن مسيل قذر لدار في الطريق الخاص، وكان مضرًّا بأهله،

---

(١) هذه المادة تقابل المادة (٨١٠) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئًا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضًا كافيًا عما أصابه من ضرر ».

وقد حذفت من هذه المادة كلمة (كافيًا) بعد كلمة (تعويضًا)؛ لأن ما تزيد لا لزوم له؛ إذ التعويض يجب أن يكون جابرًا للضرر.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كانت هذه الحقوق ثابتة قديمًا ولكن يترتب على استيفائها ضرر فاحش منع مالكها من استيفائها، سواء كانت موجودة في ملك عام أو خاص، وينبني على ذلك أنه إذا كان لشخص مسيل قذر في الطريق العام أو الخاص، وكان مضرًّا بالعامة، أو بأهل هذا الطريق يرفع ضرره، ولو كان قديمًا؛ فتجب إزالته شرعًا منعًا لضرره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، يعني: لا ينبغي أن يضر أحد غيره ولا يضره غيره؛ لأن ذلك يولد الشقاق والبغضاء، وكلاهما منهيٌّ عنه شرعًا بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنَٰزَعُواْ فَتَفۡشَلُواْ وَتَذۡهَبَ رِيحُكُمۡۖ وَٱصۡبِرُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴾ [الأنفال/ ٤٦].

(٣) جاء في الموسوعة الفقهية : ٣٧/ ٣٠٥: « يعتبر القدم في حق المسيل، لكن القدم غير منشئ للحق، وهذا متفق عليه مع تفصيل أورده بعض المذاهب، ومعنى اعتباره: أن يترك المسيل وما يماثله؛ كالميزاب على وجهه القديم الذي كان عليه، لأن الشيء القديم يبقى على حاله ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه، أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له؛ يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديمًا، ويزال إن كان فيه ضرر فاحش؛ لأن القاعدة العامة لبقاء حق المسيل وما يماثله من حقوق: ألا يترتب عليها ضرر، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر؛ فمثلًا إذا كان لدار مسيلُ ماء قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان فيه ضرر للمارة؛ فإن ضرره يرفع، ولا اعتبار لقدمه؛ لأن الضرر لا يكون قديمًا لوجوب إزالته، قال البهوتي: ومتى وجد مسيل مائه في حق غيره، أو وجد مجرى ماء سطحه على سطح غيره ولم يعلم سببه فهو حق له؛ لأن الظاهر وضعه بحق من صلح أو غيره، خصوصًا مع تطاول الأزمنة، وقال المالكية: القدم يتحقق بمضي عشر سنوات عند ابن القاسم، وبمضي عشرين سنة عند أصبغ، وعن سحنون في مصب ماء أو مسيل يكفي مضي أربع سنوات عليه؛ قال الونشريسي: وبالأول مضى العمل، وقد فرع الحنفية والحنابلة على ذلك فروعًا، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم وإلى الآن، فليس للجار منعه قائلًا: لا أدعه يسيل بعد ذلك، قال في الخانية: وهذا جواب الاستحسان في الميزاب ومسيل ماء السطح، وفي القياس: ليس له ذلك إلا أن يقيم البينة أن له مسيل ماء في داره، والفتوى على جواب الاستحسان، وذكر الحنابلة نحوه، قال البهوتي: فإن اختلفا في أنه وضع بحق أو لا، فقول صاحب المسيل ونحوه إنه وضع بحق مع يمينه عملًا بظاهر الحال، فإن زال فلربه =

وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حصول خلل من مجرى الماء لشخص في دار غيره مما تسبب له بضرر.

وقد سبق أن ذكرنا أن القديم يبقى على حاله، ويترك على قدمه، إلا أن هذا القديم لا يكون ضارًا؛ فالضرر لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه، فالضرر البيِّن يزال ولو قديمًا كما أفتى به العلامة المهمنداري، ومثله في حاشية البحر للخير الرملي من كتاب القضاء، كما في كتاب الحيطان من الحامدية.

فلو كان لدار مسيل قذر في الطريق الخاص، وكان مضرًّا بأهله يرفع ضرره ولو كان قديمًا، ولا يعتبر قدمه، فالطريق الخاص - أي غير النافذ - لا يجوز أن يتصرف بإحداث مطلقًا أضر بهم أو لا إلا بإذنهم؛ لأنه كالملك الخاص بهم، ثم الأصل فيما جهل حاله أن يجعل حديثًا لو في طريق العامة، وقديمًا لو في طريق الخاصة، وأما المسيل القديم إذا أقذر وأضر بأهله فإنه يرفع ولا يبقى، ولا اعتبار بقدمه؛ لأن الضرر لا يكون قديمًا كما قلنا.

وفي الخانية: قال أبو حنيفة: الطريق لو كان غير نافذ فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشبة، ويربطوا فيه الدواب، ويتوضأوا فيه، فلو عطب أحد لا يضمن، وإن بنى أو حفر بئرًا ضمن، وفي جامع الفصولين: أراد أن يتخذ طينًا فيه لو ترك من الطريق قدر المرور، ويتخذ في الأحايين مرة ويرفعه سريعًا فله ذلك، ولكل إمساك الدواب على باب داره؛ لأن السكة التي لا تنفذ كدار مشتركة، ولكل من الشركاء أن يسكن في بعض الدار لا أن يبني فيها، وإمساك الدواب في بلادنا من السكنى.

وفي التتارخانية: إن فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه، ويضمن حصة شركائه، وإنْ من جملة السكنى فالقياس كذلك والاستحسان لا يضمن شيئًا.

=إعادته؛ لأن الظاهر استمرار حقه فيه فلا يزول حتى يوجد ما يخالفه، وجاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٣٠): (دور في طريق لها ميازيب من قديم منصبة على ذلك الطريق، ومنه تمتد إلى عرصة واقعة في أسفله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم؛ فإن سده يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد إلى وضعه القديم)؛ لأنه يريد بالسد دفع الضرر عن عرصته وفي ذلك ضرر بالطريق الذي تنصب إليه الميازيب وهو لا يجوز؛ لأن ذلك الطريق إن كان خاصًّا ففيه دفع الضرر الخاص بمثله، وقد ورد في المادة (٢٥) أن الضرر لا يزال بمثله، وإن كان عامًّا ففيه دفع الضرر الخاص بالضرر العام، وقد ورد في المادة (٢٦) أنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ولا سبيل إلى رفع الميازيب عن الطريق الخاص؛ لأنها قديمة، ولا عن الطريق العام؛ لأنه لم يتحقق الضرر حيث كان مسيل الماء إلى العرصة المذكورة قديمًا، فاتضح بما ذكر أن المراد بالطريق في هذه المادة ما يعم الخاص والعام كما هو مقتضى الإطلاق، وقال في المادة (١٢٣٢) من المجلة: (حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار أو لمشتريها إذا باعها منع جريه؛ بل يبقى كما في السابق) قال شارحها: نعم للمشتري إذا لم يكن عالمًا بذلك وقت البيع خيار الفسخ؛ لأنه عيب وهو ثابت بحق لازم وليس للمشتري منعه كما في جامع الفصولين».

ومثله في الكفاية أقول: وبه ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شيء مما مر، كالميزاب والدكان ونحو ذلك مما يبقى، كما أفاده السائحاني، إلا بإذنهم؛ أي كلهم حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن؛ لما في الخانية: رجل أحدث بناء أو غرفة على سكة غير نافذة، ورضي بها أهل السكة، فجاء رجل من غير أهلها واشترى دارًا منها كان للمشتري أن يأمر صاحب الغرفة برفعها. سائحاني[١].

***

● (مادة ٥٥) : لا يجوز لأحد أن يجري مسيل محله المحدث إلى دار آخر بدون إذنه إن لم يكن له حق في ذلك[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن عدم جواز أن يجري أحد مسيل محله المحدث إلى دار آخر بدون إذنه، إن لم يكن له حق في ذلك؛ وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن مسيل قذر لدار في الطريق الخاص وكان مضرًّا بأهله.

الأصل أن الإنسان لا يتصرف إلا في ملكه، وأما ما يتعلق بأملاك الناس وحقوقهم فليس له التصرف فيها إلا بإذنهم، وعليه فليس لأحد أن ينقل مسيله من دار إلى دار أخرى إلا بإذن صاحب الدار الثانية، وذلك إذا لم يكن له حق فيها، فإن كان له حق مشروع فلا حاجة لإذنه، ولكن إذا أباح صاحب الدار الثانية له حق المسيل فله أن يعود في إباحته ولا تصير حقًّا قديمًا بمجرد هذه الإباحة[٣].

---

(١) رد المحتار : ٦/ ٥٩٤.

(٢) جاء في كتاب شرح منتهى الإرادات : ٢/ ١٤٧: « (يحرم أن يجري) شخص (في أرض غيره أو) في (سطحه)؛ أي الغير (ماء) ولو تضرر بتركه (بلا إذنه)؛ أي رب الأرض أو السطح لتضرره أو تضرر أرضه وكزرعها (ويصح صلحه على ذلك)؛ أي إجراء مائه في أرض غيره أو سطحه (بعوض)؛ لأنه إما بيع أو إجارة (ف) إن صالحه على إجراء مائه في أرضه أو سطحه (مع بقاء ملكه)؛ أي رب المحل الذي يجري فيه الماء، بأن تصالحا على إجرائه فيه وملكه بحاله فهو (إجارة)؛ لأن المعقود عليه المنفعة، (وإلا) بأن لم يتصالحا على إجرائه فيه مع بقاء ملكه (ف) هو (بيع)؛ لأن العوض في مقابلة المحل، (ويعتبر) لصحة ذلك إذا وقع إجارة (علم قدر الماء) الذي يجريه لاختلاف ضرره بكثرته وقلته (بساقيته) أي الماء الذي يخرج فيها إلى المحل الذي يجري فيه؛ لأنه لا يجري فيها أكثر من مائها، (و) علم قدر (ماء مطر برؤية ما) أي محل (يزول عنه) من سطح أو أرض (أو) ب (مساحته)؛ أي ذكر قدر طوله وعرضه ليعلم مبلغه (وتقدير ما يجري فيه الماء) من ذلك المحل، و (لا) يعتبر علم قدر (عمقه)؛ لأنه إذا ملك عين الأرض أو نفعها كان له إلى التخوم، فله النزول فيه ما شاء، وفي الإقناع يعتبر إن وقع إجارة (ولا) علم (مدته)؛ أي الإجراء (للحاجة) إذ العقد على المنفعة في موضع الحاجة جائز (كنكاح). وفي القواعد: ليس بإجارة محضة، بل هو شبيه بالبيع (ولمستأجر ومستعير الصلح على ساقية محفورة) في أرض استأجرها أو استعارها ليجري الغير ماءه فيها لدلالتها على رسم قديم، فإن لم تكن محفورة لم يجز إحداثها فيها ».

(٣) وجاء في الموسوعة الفقهية : ٣٧/ ٣٠٨ : « نصت المادة (١٢٣١) من المجلة العدلية على أنه: ليس لأحد أن يجري=

(مادة ٥٦) : لا يجوز لأحد إحداث شيء من الميازيب، ولا حفر بالوعة في طريق العامة إذا كان يضر بالعامة، وإن أحدث ذلك في زقاق غير نافذ لا يجوز إلّا بإذن أهله سواء أضر[1] بهم أم لا.

تكلم المؤلف في هذه المادة عن إحداث الميازيب، وحفر بالوعات في الطرق عامة كانت

= مسيل محله المحدث إلى دار آخر، المراد أنه ليس لأحد إحداث مسيل محله إلى دار آخر حتى لو كان محله قديمًا، فليس له أن يحول مسيله إلى دار غيره سواء كان مضرًّا أو لا؛ لأنه تصرف في ملك الغير بلا إذنه، وكما جاء في المادة (٩٦) أنه لا يجوز، حتى لو أذن له بذلك كان له الرجوع عن ذلك، كما نصت عليه المادة (١٢٢٦) : (للمبيح صلاحية أن يرجع عن إباحته، والضرر لا يكون لازمًا بالإذن والرضا..). وقال البهوتي: « ويحرم إجراء ماء في ملك إنسان بلا إذنه، ولو مع عدم تضرره، أو مع عدم تضرر أرضه بذلك؛ لأنه استعمال لملك الغير بغير إذنه، ولو كان رب الماء مضرورًا إلى إجرائه في ملك غيره فلا يجوز له"، وأما المالكية فلهم في ذلك تفصيل: قال الونشريسي: المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع منها مَنْ أراد إحداثها؛ لأنه ينتفع هو وغيره لا يستضر، وقد اختلف العلماء في المرافق التي فيها يسير ضرر على الجار هل يقضى بها عليه، أو يندب من غير قضاء، على قولين كغرز الرجل خشبة حائطه في جدار جاره؛ فإذا كان هذا في مال الجار مع شيء من ضرر فكيف ما لا ضرر فيه بوجه، أما إن أحدث الرجل في طريق ما فيه ضرر على من يمر فيه فلا يسوغ له ذلك إلا بإذن شريكه في الطريق المتملكة كما في النازلة، ولا يسوغ ذلك في المحجات ولا في الطريق غير المتملكة بإذن ولا بغير إذن؛ لأن المنفعة غير خاصة بالإذن فلا إذن له على غيره، ثم قال: رجل له مسكن نازعه جاره في مرحاض به، واختلفوا في قدمه وحدوثه، وساق تفصيل المسألة، ثم قال: إن كان ما ذكر من المجرى مضرة بالطريق بسبب المرحاض فالحكم المنع من كل ما يضر بالطريق، ولا تستحق على الطرق إذا كان فيه إضرار بها؛ لأن الطريق قديمة ومصالحها عامة، والإحداثات المضرة بها ترفع عنها وإن قدمت، فيترك الكرسي في دار صاحبه، والمجرى إذا لم يثبت حدوث مضرة بسبب ذلك على أحد، ويمنع مالك المجرى من إجراء مرحاضه عليه إذا كانت تفضي إلى طريق الناس، وقال في البهجة: إذا تنازعا في قدمه وحدوثه محمول على الحدوث حتى يثبت خلافه ».

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كانت هذه الحقوق غير ثابتة قديمًا وأريد إحداثها، فإمَّا أن يكون في طريق عام أو خاص.

فإن كان الأول بأن أراد شخص إحداث ميازيب أو حفر بالوعة في طريق العامة كان له هذا الحق ما لم يترتب على إيجاده ضرر بالعامة.

وإن كان الثاني، فليس له إحداث شيء إلا بإذن أهله، والفرق بينهما أن كل واحد له أن ينتفع بما جعل لمصالح العامة، إلّا إذا ترتب على انتفاعه ضرر بهم ولكن ليس له الانتفاع بملك غيره الخاص به إلا بإذنه، سواء ترتب على انتفاعه ضرر أو لا، ولو كان بالوع دار جاريًا من القديم على الطريق العام وكان في ذلك ضرر للمارة فلا يعتبر قدمه، ولا يبقى على حاله ويدفع ضرره، وليس لأحد إحداث حق مسيل في ملك الغير إن لم يكن له حق مسيل فيه، فذلك ليس لأحد أن يجري ماء غرفته المحدثة أو ماء كنيفه إلى دار آخر أو إلى عرصته أو إلى ساحة داره سواء كان ذلك مضرًّا أو غير مضر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١٢٢٤، ١٢٣١).

وجاء في كتاب مواهب الجليل : ٥/ ١٧١ : « (الثالث عشر) فيمن في أرضه طريق فأراد أن يحولها إلى موضع منها أرفق به وبأهل الطريق فليس له ذلك؛ قال في الواضحة في كتاب القضاء في ترجمة القضاء : في الطريق يشق أرض رجل سئل ابن القاسم عن رجل يكون له الأرض البيضاء والطريق يشقها، فأراد أن يحول الطريق عن موضعه إلى موضع آخر من أرضه هو أرفق به وبأهل الطريق فقال: ليس ذلك له، ولا لأحد أن يحول طريقًا عن موضعها إلى ما هو دونها، ولا إلى ما فوقها، وإن كان مثل الطريق الأول في السهولة وأسهل منه، وإن أضر ذلك به؛ لأنه على ذلك اشترى، أو ورث، =

أو خاصة، وذلك بعد أن ذكر في المادة السابقة أنه لا يجوز لأحد أن يجري مسيل محله

= أو وهب له، وإن رضي له بذلك مَنْ جاوره من أهل القرى إذا كان ذلك طريق عامة؛ لأن ذلك حق لجميع المسلمين، فلا يجوز فيه إذن بعضهم، إلا أن يكون ذلك طريق قوم بأعيانهم فيأذنون له فيجوز ذلك، وقال لي ابن الماجشون: أرى أن يرفع أمر تلك الطريق إلى الإمام، فيكشف عن حالها، فإن رأى تحويلها عن حالها منفعة للعامة ولمن جاورها وحولها في مثل سهولتها أو أسهل، وفي مثل قربها أو أقرب فأرى أن يأذن له بذلك، وإن رأى في ذلك مضرة بأحد ممن جاورها، أو بأبناء السبيل، وعامة المسلمين منعه من ذلك، وإن هو فعل ذلك فحول الطريق دون رأي الإمام وإذنه نظر الإمام في ذلك، فإن كان صوابا أمضاه، وإن كان غير ذلك رده؛ لأن الإمام هو الناظر لجميع المسلمين وهو مكانهم في ذلك، وقال ابن نافع مثله أيضًا، وهذا أحب إليَّ، وبه أقول .اهـ. ونقله ابن أبي زيد في النوادر في كتاب القضاء في المرافق، وابن أبي زمنين في المنتخب وابن فرحون في تبصرته ».

وجاء في كتاب حاشية قليوبي وعميرة : ٢/٣٨٩: « فصل الطريق النافذ بالمعجمة، ويعبر عنه بالشارع (لا يُتَصَرف فيه) بالبناء للمفعول (بما يضر المارة) في مرورهم فيه؛ لأنه حق لهم (ولا يشرع)؛ أي يخرج (فيه جناح)؛ أي روشن (ولا ساباط)؛ أي سقيفة على حائطين هو بينهما (يضرهم)؛ أي كل من الجناح والساباط (بل يشترط ارتفاعه)، أي كل منهما ليجوز فعله للمسلم (بحيث يمر تحته) المار (منتصبًا) قال الماوردي: وعلى رأسه الحمولة العالية وهو ظاهر. ويشترط أن لا يظلم الموضع عند أكثر الأصحاب (وإن كان ممر الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية (على البعير مع أخشاب المظلة) بكسر الميم فوق المحمل؛ لأنه قد يتفق ذلك، أما الذمي فيمنع من إخراج الجناح في شارع المسلمين؛ لأنه كإعلاء بنائه على بناء المسلم أو أبلغ، ذكره في الروضة ».

(وغير النافذ يحرم الإشراع) للجناح (إليه لغير أهله) بلا خلاف، (وكذا) يحرم الإشراع (لبعض أهله في الأصح إلا برضا الباقين) تضرروا به أم لا؛ لاختصاصهم بذلك، والثاني يجوز لغير رضاهم إن لم يتضرروا به؛ لأن كلًا منهم له الارتفاق بقراره، فكذا بهوائه كالشارع، وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراعه بمال لما تقدم. (وأهله من نفذ باب داره إليه لا من لاصقه جداره) من غير نفوذ باب إليه (وهل الاستحقاق في كلها)؛ أي الطريق المذكورة، وهي تؤنث وتذكر (لكلهم أم تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب وباب داره)؛ لأنه محل تردده (وجهان أصحهما الثاني) والأول قال: ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق في بقية الدرب لطرح الأثقال عند الإدخال والإخراج (وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق) إلا برضاهم لتضررهم بمرور الفاتح أو مرورهم عليه، ولهم بعد الفتح برضاهم الرجوع متى شاؤوا (وله فتحه إذا سمره) بالتخفيف (في الأصح)؛ لأنه له رفع جميع الجدار فبعضه أَوْلَى، والثاني قال: الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق فيستدل به عليه قال في الروضة: وهو أفقه (ومن له فيه باب ففتح)؛ أي أراد فتح (آخر أبعد من رأس الدرب) من الأول (فلشركائه منعه) من بابه بعد الأول جزمًا، ومن بابه قبله على أحد الوجهين السابقين في كيفية الشركة في الجناح، وسواء سد الأول أم لا أخذًا من الإطلاق مع التفصيل في قوله: (فإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد الباب القديم فكذلك)؛ أي لشركائه منعه كما تقدم؛ لأن زيادة الباب تورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب فيتضررون به (وإن سده فلا منع)؛ لأنه نقص حقه.

وجاء في كتاب شرح منتهى الإرادات : ٢/ ١٥٠: « (وكذا جناح) وهو الروشن على أطراف خشب أو حجر مدفونة في الحائط و (ساباط) وهو المستوفي للطريق على جدارين (وميزاب) فيحرم إخراجها بنافذ (إلا بإذن إمام أو نائبه)؛ لأنه نائب المسلمين فإذنه كإذنهم؛ والحديث أحمد: « أن عمر اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابًا إلى الطريق فقلعه، فقال: تقلعه وقد نصبه رسول اللّه ﷺ بيده؛ فقال: واللّه لا تنصبه إلا على ظهري، فانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه » ولجريان العادة به (بلا ضرر بأن يمكن عبور محمل) من تحته، وإلا لم يجز وضعه ولا إذنه فيه، فإن كان الطريق منخفضًا وقت وضعه ثم ارتفع لطول الزمن فحصل به ضرر وجبت إزالته. ذكره الشيخ تقي الدين.

(ويحرم ذلك) أي إخراج دكان ودكة وجناح وساباط وميزاب (في ملك غيره أو هوائه)؛ أي الغير (أو) في (درب غير نافذ) أ (و فتح باب في ظهر دار فيه)؛ أي الدرب غير النافذ (لاستطراق إلا بإذن مالكه) إن كان في ملك غيره (أو) =

المحدث إلى دار آخر بدون إذنه إن لم يكن له حق في ذلك.

وقد تكلم المؤلف فيها أولًا عن إحداث مثل هذه الأشياء في الطرق العامة (النافذة) والطريق العامة معد للتطرق، فلكل أحد الانتفاع ما لم تتضرر العامة به؛ وإنما قيد بذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، فما تحقق فيه الضرر يأثم بإحداثه[1]، فمن أحدث في طريق العامة كنيفًا وهو المستراح (أو ميزابًا)؛ وهو مجرى الماء (أو جرصنًا) وهو مجرى ماء يركب في الحائط، وقيل: جذع يخرج من الحائط ليبنى عليه (أو دكانًا جاز) إحداثه (إن لم يضر بهم) فإن أضر بهم فلكل منهم - أي العامة - نزعه ومطالبته بالنقض؛ لأن كل واحد منهم له حق فيه بالمرور بنفسه وبدوابه، فكان له حق النقض كما في الملك المشترك، هذا إذا كان ممن يملك التصرف، ولو بالإذن كالصبي والعبد، بخلاف المحجور عليهما، وكان ليس له مثله ولم يأذن الإمام له بإحداثه؛ فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئًا، هذا إذا بنى لنفسه، وأما إذا بنى للمسلمين فلا ينقض، كذا روي عن محمد.

وتفصيل الكلام في هذا المقام أنه هل له إحداثه في الطريق أم لا؟ وهل لأحد الخصومة في منعه من الإحداث فيه ورفعه بعده؟ وهل يضمن فيما تلف بسبب الإحداث؟ أما الإحداث فقال شمس الأئمة: إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له ذلك، وإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز إحداثه فيه، وعلى هذا: القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وإن أضر لم يجز، وأما الخصومة فيه فقال الإمام: لكل أحد مسلمًا كان أو ذميًّا أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع أضر أو لم يضر إن كان الوضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير في أمور العامة مفوض إلى رأي الإمام، وعن أبي يوسف: لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع، وليس له أن يكلفه الرفع بعد الوضع، وعن محمد: ليس لأحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس؛ لأنه مأذون له في إحداثه شرعًا[2].

وأمَّا الطريق الخاصة بأن تكون غير نافذة، فلا يجوز أن يتصرف بإحداث مطلقًا، أضر بهم أو لا بلا إذن الشركاء كلهم، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن؛ لما في الخانية: رجل أحدث بناء أو غرفة على سكة غير نافذة، ورضي بها أهل السكة، فجاء رجل من غير أهلها واشترى دارًا منها، كان للمشتري أن يأمر صاحب الغرفة برفعها. اهـ. سائحاني، وإن لم يضر؛

= إلا بإذن (أهله)؛ أي الدرب غير النافذ إن فعل فيه؛ لأن الدرب ملكهم فلم يجز التصرف فيه إلا بإذنهم ».

(١) راجع: مجمع الأنهر: ٢/ ٦٥١.

(٢) راجع: درر الحكام: ٢/ ١١٠، تبيين الحقائق: ٦/ ١٤٤، فتح القدير: ١٠/ ٣٠٧، البحر الرائق: ٨/ ٣٩٦، رد المحتار: ٦/ ٥٩٣.

لأنه كالملك الخاص بهم، وفي الخانية: قال أبو حنيفة: الطريق لو كان غير نافذ فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشبة، ويربطوا فيه الدواب، ويتوضأوا فيه؛ فلو عطب أحد لا يضمن، وإن بنى أو حفر بئرًا ضمن. اهـ. وفي جامع الفصولين: أراد أن يتخذ طينًا فيه لو ترك من الطريق قدر المرور، ويتخذ في الأحايين مرة ويرفعه سريعًا فله ذلك، ولكلٍّ إمساك الدواب على باب داره؛ لأن السكة التي لا تنفذ كدار مشتركة، ولكلٍّ من الشركاء أن يسكن في بعض الدار لا أن يبني فيها، وإمساك الدواب في بلادنا من السكنى. اهـ. وفي التتارخانية: إن فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه، ويضمن حصة شركائه، وإنْ من جملة السكنى فالقياس كذلك، والاستحسان لا يضمن شيئًا. اهـ.

ومثله في الكفاية أقول: وبه ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شيء مما مر كالميزاب والدكان ونحو ذلك مما يبقى كما أفاده السائحاني[1].

***

(١) راجع: رد المحتار: ٦/ ٥٩٤.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في حقوق
المعاملات الجوارية

● **(مادة ٥٧) : للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه؛ فيعلي حائطه[1]، ويبني ما يريده ما لم يكن تصرفه مضرًّا بالجار ضررًا فاحشًا[2].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حرية المالك في التصرف في ملكه الذي ليس لأحد فيه حق؛ فله أن يعلي حائطه ويبني ما يريده ما لم يكن تصرفه مضرًّا بالجار ضررًا فاحشًا، وذلك في مطلع حديثه عن حقوق المعاملات الجوارية، فقبل أن يتكلم عن حقوق الجوار بيَّن حقوق المالك.

والتفصيل: أن ولاية التصرف للمالك في ملكه باختياره، وليس لأحد ولاية الجبر عليه، إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه، وإن كان يتضرر به، إلَّا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة، وكذلك حكم الحق الثابت في المحِل، إذا عرف هذا فنقول: للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء كان تصرفًا يتعدى ضرره إلى غيره، أو لا يتعدى، فله أن يبني في ملكه مرحاضًا أو حمامًا أو رحًى أو تنورًا، وله أن يقعد في بنائه حدادًا أو قصارًا، وله أن يحفر في ملكه بئرًا أو بالوعة أو ديماسًا، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه؛ لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل، والمنع منه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع، إلَّا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب للحديث؛ قال عليه الصلاة والسلام: **« المؤمن من أمن جاره بوائقه »**، ولو فعل شيئًا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير.

وعلى هذا: سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛ لأنه ملكه، والإنسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه، ولكن يقال لصاحب العلو: إن شئت

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨١١) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) كلٌّ يتصرف في ملكه المستقل كيفما شاء؛ أي أنه يتصرف كما يريد باختياره، ولا يجوز منعه من التصرف من قبل أي أحد، إذا لم يكن في ذلك ضرر فاحش للغير. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١١٩٢).

فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك، ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيًّا؛ لأن البناء وإن كان تصرفًا في ملك الغير لكن فيه ضرورة؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه إلَّا بالتصرف في ملك غيره، فصار مطلقًا له شرعًا، وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيًّا؛ لأن البناء ملكه لحصوله بإذن الشرع وإطلاقه، فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه إلا ببدل يعدله، وهو القيمة، وذكر القاضي في شرحه (مختصر الطحاوي): أن في ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه، وكذا ذكر الخصاف: أنه يرجع بما أنفق؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل، ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه؛ بل فيه نفع صار مأذونًا بالإنفاق من قبله دلالة، فكان له حق الرجوع بما أنفق.

وهذا بخلاف البئر المشترك، والدولاب المشترك، والحمام المشترك ونحو ذلك إذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة؛ لأن هناك ضرورة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة؛ لأنه لا يحتمل القسمة، والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما، فكان الذي أبى العمارة متعنتًا محضًا في الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة، هذا إذا انهدما بأنفسهما؛ فأما إذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على إعادته؛ لأنه أتلف حق صاحب العلو بإتلاف محله، ويمكن جبره بالإعادة فتجب عليه إعادته[١].

وكذلك لو أحرق حشيشًا في أرضه أو حصائد أو أجمة فخرجت النار إلى أرض غيره وأحرقت شيئًا فلا ضمان عليه؛ لأن هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقًا، قال بعض المتأخرين: هذا إذا كانت الرياح ساكنة حين أوقد النار، فأما إذا كان اليوم ريحًا على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى أرض جاره فهو ضامن استحسانًا، بمنزلة من صب الماء في ميزاب له، وتحت الميزاب متاع لإنسان يفسد به، قال: هو ضامن، فكذلك النار يوقدها الرجل في داره أو تنوره فلا ضمان عليه فيما احترق؛ لأن هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقًا[٢].

وعلى هذا، فيصح أن في المسألة قولين؛ الأول: ظاهر الرواية، وفيها عدم منع المالك من التصرف في ملكه، سواء ألحق تصرفه هذا بغيره ضررًا أو لم يلحق، حتى ولو كان الضرر ضررًا فاحشًا بغيره؛ لأن ذلك الإنسان إنما يتصرف في ملكه الخاص، والرواية الظاهرة هي على الوجه المذكور، وقد رجح هذا الرأي بعض العلماء، كابن الشحنة وابن الهمام.

والقول الثاني: هو منعه إذا كان الضرر ضررًا فاحشًا بينًا، وعليه الفتوى، وهو اختيار المتأخرين من الحنفية، والأول قياسًا والثاني استحسانًا.

---

(١) راجع: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٦٤.

(٢) المبسوط: ٢٧/ ٢٤.

والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقًا؛ لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررًا فاحشًا؛ وهو المراد بالبيِّن، وهو ما يكون سببًا للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية، واختاروا الفتوى عليه، فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما، فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريبًا.

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا، والآخر بكونه[١] أصل المذهب[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١- « على المالك ألا يلغو في استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضررًا غير مألوف.

٢- وللجار أن يرجع على جاره ولو كان قد اتَّخذ كل ما يمكن من تدابير لتجنب الضرر غير المألوف، أو كان الاستعمال الذي نشأ عنه هذا الضرر مرخصًا فيه من السلطة المختصة، وللمحكمة أن تأمر بإزالة الضرر غير المألوف، أو أن تقتصر على الحكم بتعويض نقدي إذا رأت ما يبرر ذلك، ويراعى في تقدير مجاوزة الضرر للحد المألوف العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له »[٤].

وتتفق هذه المادة كذلك مع المادة (١٠٢٧) من التقنين الأردني، و المادة (١٥٠١) من التقنين العراقي.

---

(١) واختارت مجلة الأحكام العدلية القول بالمنع؛ حيث نصت المادة (١١٩٧) : « لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير ».

وهذا القول هو قول الإمام أبي يوسف، وقد اختاره مشايخ بلخ، وبما أن مشايخ الإسلام في الدولة العثمانية - من عهد شيخ الإسلام أبي السعود العمادي إلى هذا الآن - قد أفتوا بمذهب الإمام أبي يوسف فقد اختارت المجلة هذا القول. شرح علي حيدر. درر الحكام : ٣/ ٢١٢.

(٢) رد المحتار : ٥/ ٤٤٧، ٦/ ٧٤٨، ٥/ ٢٣٧.

(٣) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨١١)، ص: ٣٢١.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٠٧) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١- « على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق ».

(مادة ٥٨) : إذا تعلق حق الغير بالملك، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًّا إلَّا بإذن صاحب[1] الحق[2].

جاء في الموسوعة الفقهية : ٣٦/ ٣٧: « بالنظر إلى تعلق حق الغير به، ينقسم المال بالنظر إلى تعلق حق الغير به إلى قسمين: ما تعلق به حق غير المالك، وما لم يتعلق به حق لغير مالكه، فالمال الذي تعلق به حق الغير: هو الذي ارتبطت عينه أو ماليته بحق مقرر لغير ملاكه، كالمال المرهون، فلا يكون لمالكه أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن، وأما المال الذي لم يتعلق به حق الغير: فهو المال الخالص لمالكه، دون أن يتعلق به حق أحد غيره، ولصاحبه أن يتصرف فيه رقبة ومنفعة بكل وجوه التصرف المشروعة، بدون توقف على إذن أحد أو إجازته لسلامته وخلوصه من ارتباط حق الغير به.

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعلق حق الغير بالملك، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًّا إلَّا بإذن صاحب الحق، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حرية المالك في التصرف في ملكه الذي ليس لأحد فيه حق، فله أن يعلي حائطه ويبني ما يريده ما لم يكن تصرفه مضرًّا بالجار ضررًا فاحشًا، أما إذا تعلق بالملك حق للغير، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًّا إلا بإذن صاحب الحق، فيمنع من التصرف دون رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة[3]؛ من ذلك أن البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك إذا خربت، فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة؛ لأن هناك ضرورة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة؛ لأنه لا يحتمل القسمة، والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما، فكان الذي أبى العمارة متعنتًا محضًا في الامتناع، فيدفع تعنته بالجبر على العمارة، هذا إذا انهدما

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (١٠٢١) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: تقدم حكم ما إذا كان ملك الإنسان خاصًّا به وأنه يجوز له التصرف فيه بجميع التصرفات الشرعية ما لم يضر بغيره ضررًا فاحشًا، فإن كان الملك ليس خاصًّا به، فإمَّا أن يكون لغيره حق ارتفاق عليه بأن يكون له علو عليه، وإمَّا أن يكون ذلك الغير شريكًا له فيه، وذلك كما إذا كانت دار مشتركة بين اثنين لأحدهما الدور العلوي منها، وللآخر الدور الأرضي السفلي، فالسقف الذي بين ملكيهما تابع للدور السفلي؛ لأنه من متممات البناء، فهو ملك لصاحب السفل غير أن لصاحب الطبقة العليا الانتفاع بهذا السقف؛ إذ لا بد له من ذلك؛ لأنه أرض للدور الذي يسكن.

وحكم هذا القسم أن يكون التصرف فيه مشروطًا بها لا يفوت هذا الحق أو ينقص منه، ولا يجوز أن يضر - أي من صاحب العلو أو السفل - بجاره، فهما في الحقيقة جاران، لكلٍّ منهما على الآخر حق شرعي بسبب هذا الوضع الخاص.

(٣) راجع : بدائع الصنائع : ٦/ ٢٦٥.

بأنفسهما، فأما إذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على إعادته؛ لأنه أتلف حق صاحب العلو بإتلاف محله ويمكن جبره بالإعادة فتجب عليه إعادته.

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٠٢١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١- « إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حدٍّ معينٍ في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره.

٢- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينًا، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك ».

هذه المادة تطابق المادة (١٠١٨) من مشروع القانون المدني المصري.

وتتفق مع المادة (١٢٧٤) من التقنين العراقي.

ومع المادة (١٢٧٤) من التقنين الأردني، ومع المادة (١١٩٢) من المجلة العدلية، ونصها: «كلٌّ يتصرف في ملكه كيف شاء، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه...».

***

● (مادة ٥٩) : الضرر الفاحش ما يكون سببًا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية[٢]، أي المنافع المقصودة من البناء، وأمَّا ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش[٣].

قدم المؤلف في هذه المادة تعريفًا للضرر الفاحش الذي يؤدي إلى تقيد تصرف المالك في ملكه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعلق حق الغير بالملك، وتقيد تصرف المالك في ملكه بهذا التعليق إذا ترتب الضرر الفاحش على هذا التصرف.

وتعريف الضرر على هذا النحو الذي ذكره المؤلف هو اختياره، وهو يرجح تقييد تصرف المالك إذا نشأ الضرر من هذا التصرف، خلافًا لما أخذ به متقدمو الأحناف، وما ورد في

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية: المادة (١٠٢١).
(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٨١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.
(٣) ما يضر البناء؛ أي يوجب وهنه وضعفه ويسبب انهدامه، أو يمنع الحوائج الأصلية؛ أي المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو أي شيء آخر، هو ضرر فاحش. درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (١١٩٩).

ظاهر الرواية، ويتجه أصحاب هذا الرأي إلى عدم منع المالك من التصرف في ملكه، سواء ألحق تصرفه هذا بغيره ضررًا أو لم يلحق، حتى ولو كان الضرر فاحشًا؛ لأن لكل أحد أنْ يتصرف في ملكه الخاص، وقد رجح هذا الرأي بعض العلماء، كابن الشحنة وابن الهمام.

وقد أخذ المؤلف بما ذهب إليه متأخرو الأحناف، وهو منع المالك من التصرف إذا كان الضرر ضررًا فاحشًا بينًا، وعليه الفتوى، والرأي الأول مبنيٌّ على القياس، والثاني مبنيٌّ على الاستحسان.

والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقًا؛ لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررًا فاحشًا، وهو المراد بالبيِّن، وهو ما يكون سببًا للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية؛ وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية، واختاروا الفتوى عليه، فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما، فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه، كما لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره في الفتح، قلت: وأفتى المولى أبو السعود أن سد الضوء بالكلية ما يكون مانعًا من الكتابة، فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلًا، فسد الجار ضوء إحداهما بالكلية لا يمنع إذا كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى، والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر؛ لأنه يحتاج لغلقه لبرد ونحوه كما حررته في تنقيح الحامدية، وفي البحر: وذكر الرازي في كتاب الاستحسان: لو أراد أن يبني في داره تنورًا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحىً للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأنه يضر بجيرانه ضررًا فاحشًا لا يمكن التحرز عنه، فإنه يأتي منه الدخان الكثير، والرحى والدق يوهن البناء، بخلاف الحمام؛ لأنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطًا بينه وبين جاره، بخلاف التنور المعتاد في البيوت، وصحح النسفي في الحمام: أن الضرر لو فاحشًا يمنع وإلا فلا وتمامه فيه[1].

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا، والآخر بكونه[2] أصل المذهب[3]، وقد نشأ كلٌّ منهما في ظروف اجتماعية وتاريخية اقتضته؛ إذ يناسب إعطاء

---

(١) راجع: رد المحتار: ٥/ ٤٤٧، ٤٤٨، ٦/ ٢٧٢، فتح القدير: ٧/ ٣٢٣.

(٢) اختارت مجلة الأحكام العدلية القول بالمنع إذا ترتب الضرر الفاحش على التصرف في الملك؛ حيث نصت المادة (١١٩٧): «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير».

وهذا القول هو قول الإمام أبي يوسف، وقد اختاره مشايخ بلخ، وبما أن مشايخ الإسلام في الدولة العثمانية من عهد شيخ الإسلام أبي السعود العمادي إلى الآن قد أفتوا بمذهب الإمام أبي يوسف، فقد اختارت المجلة هذا القول. شرح علي حيدر، درر الحكام: ٣/ ٢١٢.

(٣) جاء في الموسوعة الفقهية: ٣٩/ ٤٢: «ولكن الفقهاء اختلفوا في منع الجار من التصرفات المعتادة التي يترتب عليها =

الحرية للمالك ظروف نشأة الدولة الإسلامية، ووجوب إطلاق الطاقات الاقتصادية، على حين يناسب رأي المتأخرين ظروف الحاجة إلى التنظيم بعد تحقيق قدر من التطورات الاقتصادية، وهو شبيه بما حدث في الغرب؛ حيث سادت نزعة الحرية الاقتصادية إبان ظهور الثورة الصناعية، ثم اتجهت المجتمعات الغربية إلى تقييد حقوق الملكية بالتطلعات الاجتماعية وظهور الاتجاهات الاشتراكية.

***

● **(مادة ٦٠) : يزال الضرر الفاحش[١] سواء كان قديمًا أو حادثًا[٢].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن إزالة الضرر الفاحش مطلقًا، سواء نشأ من تصرف الإنسان في ملكه أو غير ملكه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الضرر الفاحش الذي يؤدي إلى تقيد تصرف المالك في ملكه، فهذه المادة أعم من سابقتها، ومترتبة عليها.

والقاعدة أن القديم يبقى على حاله لا يتغير إلا بحجة، فهو على قدمه إلا أن يسبب ضررًا فاحشًا، فلا بد من زواله، فالضرر الفاحش يزال، سواء كان قديمًا أو حديثًا كما أفتى به العلامة المهمنداري، ومثله في حاشية البحر للخير الرملي من كتاب القضاء كما في كتاب الحيطان من الحامدية، فلو كان لدار مسيل قذر في الطريق الخاص، وكان مضرًّا بأهله يرفع ضرره ولو كان قديمًا، ولا يعتبر القدم[٣] في هذا، وفي هذه المادة تكرار لما أفاده غيرها، وتستند في ذلك إلى حديث النبي ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار ».

والقاعدة الفقهية المستندة لذلك أن الضرر يزال.

***

● **(مادة ٦١) : سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررًا فاحشًا[٤]، فلا يسوغ لأحد إحداث**

= الإضرار بالجار على ثلاثة مذاهب: فمنهم من لم يمنع من ذلك، وهم متقدمو الحنفية، والشافعية على الراجح، وأحمد في رواية، ومنهم من يمنع ما دام فيه قصد الإضرار، أو كان الضرر فاحشًا، وهم المالكية، وأحمد في الرواية المشهورة، وبعض الشافعية، ومنهم من فرق بين الضرر الفاحش فيمنع، وغير الفاحش الذي لا يمنع، وهو رأي أبي يوسف في رواية، ومتأخري الحنفية، وبعض الشافعية، وكما منعت الشريعة الإضرار بالأفراد منعت الإضرار بالمجتمع، ولذلك حرمت الاحتكار والربا، والمتاجرة المؤدية إلى الفساد.

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٨١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) إذا كان في تصرفه ضرر فاحش للغير فيمنع في ذلك الحال. درر الحكام شرح مجلة الأحكام : مادة (١٩٩٢).

(٣) راجع : رد المحتار : ٥/ ٢٣٧.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٨١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

بناء يسد به شباك بيت جاره سدًّا يمنع الضوء عنه، وإن فعل ذلك فللجار[١] أن يكلفه رفع البناء دفعًا للضرر عنه.

أوجبت الشريعة الإسلامية على الناس حقوقًا بقدر ما بينهم من الرابطة المعاشية، ولما كان الجار مرتبطًا بجاره مطلعًا على غالب أحواله فرضت عليه لجاره واجبات يلزمه القيام بها لتتم الألفة والمساعدة، ويمتنع التباغض والتحاسد، وبذلك يمكن للجيران أن يعيشوا عيشة راضية؛ ولهذا قال ﷺ: « **ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه** »[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: « **لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه (غوائله)** »[٣]، وقال عليه الصلاة والسلام: « **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره** »[٤]. وقيل لرسول الله ﷺ: إن فلانة تصوم النهار وتقوم الليل وتؤذي جيرانها، فقال: « **هي في النار** »[٥]، وقال عليه الصلاة والسلام: « **أتدرون ما حق الجار؟ إن استعان بك أعنته، وإن استنصرك نصرته، وإن استقرضك أقرضته، وإن افتقر عدت عليه، وإن مرض عدته، وإن مات تبعت جنازته، وإن أصابه خير هنأته، وإن أصابته مصيبة عزيته، ولا تطل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلَّا بإذنه، ولا تؤذه، وإذا اشتريت فاكهة فأهده، فإن لم تفعل فأدخلها سرًّا، ولا يخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده، ولا تؤذه بقتار (رائحة) قِدْرك إلا أن تغرف له منها**»، ثم قال: «**أتدرون ما حق الجار؟ والذي نفس محمد بيده لا يبلغ حق الجار إلَّا من رحمة الله** »[٦].

وقد نصت المادة (١٢٠١) من شرح مجلة الأحكام العدلية: « منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية، كسد الهواء والنظارة، ومنع دخول الشمس ليس بضرر فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش، فإذا أحدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة، فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال بأن الضياء من الباب كافٍ؛ لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب، وإن كان

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « للجار »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم : (٥٦٦٨)، ٥/ ٢٢٣٩، ومسلم في الصحيح، حديث رقم : (٢٦٢٤)، ٤/ ٢٠٢٥، والحديث صححه الإمام مسلم.

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم : (٥٦٧٠)، ٥/ ٢٢٤٠، ومسلم في الصحيح، حديث رقم : (٤٦)، ١/ ٦٨، والحديث صححه الإمام مسلم.

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم : (٥٦٧٢)، ٥/ ٢٢٤٠، ومسلم في الصحيح، حديث رقم : (٤٧)، ١/ ٦٨، والحديث صححه الإمام مسلم.

(٥) أخرجه الإمام البخاري في كتابه « الأدب المفرد »، حديث رقم : (١١٩)، ١/ ٥٤، والحاكم في المستدرك، حديث رقم : (٧٣٠٥) : ٤/ ١٨٤، وابن حبان في صحيحه، حديث رقم : (٥٧٦٤)، ١٣/ ٦٧.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند، في مسند الشاميين، حديث رقم : (٢٤٣٠)، ٣/ ٣٣٩.

لهذا المحل شباكان فسد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضررًا فاحشًا »[١].

وينبني على ما ذُكر: أن الإنسان ينبغي له أن يراعي حقوق جاره، فلا يضره، فإذا كان له ملك خاص به وليس لأحد حق فيه جاز له أن يتصرف فيه بسائر التصرفات الشرعية من بناء جداره وإعلائه وحفر بالوعة في فنائه ونحو ذلك؛ ولكن ذلك التصرف مشروط بعدم إلحاق ضرر فاحش بجاره.

والمراد بالضرر الفاحش ما يترتب عليه من هدم البناء أو وهنه أو يمنع المنافع المقصودة، وأمَّا الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية، فله فعله؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه.

وينبني على ذلك ما يأتي:

أولًا: إذا أراد الجار أن يجري عمارة في بيته، وقرر المهندسون أن بيت الجار ينهدم بإجراء العمارة منع من ذلك حتى يأخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية بيت جاره.

ثانيًا: إذا حفر بالوعة بجوار حائط جاره، فنزل منها الماء وأوهن الجدار، لزمه تحويل البالوعة أو ردمها.

ثالثًا: إذا كان له آلة بخارية في وسط بيته يتصاعد منها الدخان إلى بيت جاره، وكان بحيث لا يحتمل عادة أمر برفعه دفعًا للضرر الفاحش الذي يجب إزالته، ولو كان قديمًا؛ لحديث: « لا ضرر ولا ضرار »، ولو حفر إنسان بئرًا في بيته فنضب ماء بئر جاره فلا شيء عليه، ولا يؤمر بردم بئره؛ لأنَّ الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد، فهو كمن بنى حانوتًا بجوار حانوت غيره، فتحول الناس إليه وتركوا صاحب الحانوت الأول.

وقال الإمام أحمد: يؤمر صاحب البئر الجديدة بسدها، فإن سدها ولم يرجع ماء البئر الأولى لزم صاحبها حفرها ثانيًا؛ لأن سدها كان بسببه[٢].

رابعًا: إذا ترتب على تصرف الشخص في ملكه منع الضوء بالكلية عن جاره منع من ذلك، وحينئذ لا يسوغ لأحد أن يوجد بناء أمام شباك جاره بحيث يمنع وصول الضوء إلى بيت الجار، فإن فعل ذلك لزمه رفع البناء الذي أوجده دفعًا للضرر عنه.

***

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني: ٣/ ٧١.

(٢) كشَّاف القناع: ص ٢٠١.

(مادة ٦٢) : رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررًا فاحشًا، فلا يسوغ إحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكًا للنظر مطلًّا على محل نساء جاره، وإن أحدث ذلك[1] يؤمر برفع الضرر إما بسد الشباك أو ببناء ساتر، فإن كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان فليس للجار طلب سده[2].

هذه المادة تطبيق على المادة السابقة، ولا حاجة إلى تكرار ما جاء في شرح المادتين السابقتين، وتجدر الإشارة إلى بعض الفروع المتفقة مع هذه التطبيقات التي أوردتها المادة في تأكيد اتجاه الفقه الإسلامي إلى تقييد حقوق الملكية بعدم الإضرار بالغير، وهو جوهر نظرية التعسف في استعمال الحق.

جاء في وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها، وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها، فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ؛ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر.

ورأي متقدمي الأحناف خلاف ذلك، ففي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار: رجل أصاب ساحة في القسمة، فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها، وأراد الآخر منعه، وقال تسد عليَّ الريح والشمس؛ له أن يرفع بناءه، وله أن يتخذ فيها حمامًا أو تنورًا، وإن كف عما يؤذي جاره فهو حسن، ولا يجبر على ذلك، ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابًا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه، ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستر مهبه.

ولو اتخذ بئرًا في ملكه أو كرباسًا أو بالوعة فنزَّ منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن، هذا كله ظاهر المذهب، وحكي عن أبي حنيفة: أن رجلًا شكا إليه من بئر حفرها جاره في داره؛ فقال: احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فسحبت البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر، بل هداه إلى هذه الحيلة، وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني.

وفي مضاربة النوازل: لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين

---

(١) هذه المادة تطابق المادة (٨١٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني : خامسًا : لا يجوز لشخص أن يوجد شباكًا أو فتحةً يترتب عليها رؤية المحل الذي هو مقر لنساء الجار؛ لأنه ضرر فاحش، وإن أوجد ذلك يؤمر بسد الشباك أو ببناء ساتر يمنع من رؤية مقر النساء؛ وذلك منعًا للضرر الفاحش؛ لأنه يزال شرعًا، ولكن لو كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان، فليس للجار أن يطلب سده لانتفاء تحقق الضرر.

ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم في الحكم منعه، وبه قال الشافعي وأحمد، ولو حفر في داره بئرًا فنز منها حائط جاره ليس له منعه.

ورأي المتأخرين التقييد والمنع من التصرفات الضارة.

قال في فصول العمادي - نقلًا عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصر بن يحيى - أن للقاضي منع الجار من ذلك، بقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار »[1]، والوجه لظاهر الرواية؛ لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء، فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكًا ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره، فأراد قطعها لا يمنع من ذلك، وإن تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع، وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لا رواية لها في الكتب، وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها، وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكلٍّ منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين، قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه، وإن كان بسقفين فليس له منعه، قال: وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان.

قال في الخلاصة: فلو أقام أحدهما البينة على أنه قديم، والآخر على أنه محدث، فبينة القديم أَوْلَى، قال: ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا، قال في الذخيرة: ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة؛ لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه.

وعلى تقدير الفرق، فالفرق أن في هذه المسألة - وهي مسألة البيتين - يريد أن يمنعه من الضوء، والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألة الأصل يمنعه عن الشمس والريح، وذا من الحوائج الزائدة.

وأمَّا قوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار »[2] فلا شك أنه عام، مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود، ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أماكن، فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم، خصوصًا إذا كان فيهم مريض يتضرر به، وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على مخصوص من الضرر، وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البيِّن الفاحش.

وفي الذخيرة: حكي عن بعض مشايخنا - رحمهم اللَّه - أن الدار إذا كانت مجاورة لدور،

---

(١) سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم: (١١٦٥٨): ٦/ ١٥٧.

(٢) المرجع السابق.

فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنورًا للخبز الدائم، أو رحًى للطحن، أو مدقة للقصارين يمنع منه؛ لأنه يتضرر به جيرانه ضررًا فاحشًا، قيل: وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها، ودوران الرحى من ذلك.

والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقًا؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررًا فاحشًا كما تقدم، وهو المراد بالبيِّن فيما ذكر الصدر الشهيد، وهو ما يكون سببًا للهدم وما يوهن البناء سبب له، أو يُخْرِجُ عن الانتفاع بالكلية؛ وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم، واختاروا الفتوى عليه.

وأمَّا التوسع إلى منع كل ضرر ما، فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريبًا، ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه: حجرة سطحها وسطح جاره متساويان، فأخذ جاره في الصعود حتى يتخذ حائطًا بينه وبين جاره ليس له ذلك، فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة، إن كان إذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع، وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع.

قال في فصول العمادي: وعلى قياس المسألة المتقدمة - وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة - ينبغي أن يقال في هذه: ليس للجار حق المنع من الصعود، وإن كان بصره يقع في دار جاره؛ ألا ترى أن محمدًا - رحمه اللَّه - لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه، مع أن بصره يقع في الساحة، والمراد من قوله: يأخذ جاره ببناء السترة: أن يشاركه في بنائها لا أن يستقل هو بذلك، ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان: دار بين رجلين قسماها، وقال أحدهما: نبني حاجزًا بيننا ليس على الآخر إجابته، وإن كان أحدهما يؤذي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه، يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما، يفعله القاضي للمصلحة.

ونظيرها في فتاوى أبي الليث: رجل في داره شجرة فرصاد، فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار؛ يمنعه القاضي منه إذا رآه، قال في الذخيرة: وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة، ولا للقاضي المنع. اهـ.

ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته؛ حيث قال: المختار أن المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم؛ لأن هذا جمع بين الحقين.

وقد نصت المادة (١٢٠٢) من مجلة الأحكام العدلية: « رؤية المحلّ الذي هو مقر

النساء كضمن الدار والمطبخ والبئر تعد ضررًا فاحشًا، فإذا أحدث رجل في داره شباكًا أو بناء مجددًا، وجعل له شباكًا مطلًّا على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق، فإنه يؤمر برفع الضرر، ويصير ذلك الرجل مجبورًا علىٰ رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر، إمَّا ببناء حائط أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية، كما إذا عمل ساترًا من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره، فإنه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محله ».

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٨١٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها:

١- « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجية.

٢- وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطلٍّ مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل »[1].

كما أنها توافق المادة (٨١٩) مدني مصري.

***

● (مادة ٦٣) : إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفًا مشروعًا، فأحدث غيره بجواره بناءً مجددًا فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة، ولو كانت مطلة على مقر نسائه، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه[2].

لا يكلف صاحب الملك بمراعاة الأضرار الطارئة الناشئة عن تصرفات حادثة، فلو كان لأحد مصنع بناه خارج العمران، ثم وفد الناس إلى ما حول المصنع، وبنوا بيوتهم قريبًا منه، ويتضررون بالدخان الذي ينبعث من المصنع، فلا يكلف صاحب المصنع بإزالته ونقله؛ لأن في ذلك إضرارًا به، حيث سيتعين على كل صاحب مشروع مماثل أن يدخل في اعتباره أمورًا لا يستطيع التنبؤ بها عند إقامته ما أقامه، والأمر مبناه على مراعاة التوازن بين

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨١٩)، ص : ٣٢٤.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لو كان لشخص محل معد للرجال، فجدد شخص آخر بيتًا وجعل مقر نسائه أمام مقر الرجال الموجود أوَّلًا، فليس للثاني أن يتضرر من رؤية نسائه، ولا أن يكلف جاره بتحويل محل الرجال إلى جهة أخرى، ولا بسد الشباك الذي يمكن منه الرؤية؛ بل يكلف هو بتحويل مقر نسائه؛ كي يدفع الضرر عن نفسه.

المصالح المختلفة.

والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقًا؛ لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررًا فاحشًا، وهو المراد بالبيِّن، وهو ما يكون سببًا للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية واختاروا الفتوى عليه، والمنع من التصرف الذي يتسبب في الضرر، أمَّا الضرر الذي يتسبب فيه الجار بفعله في نفسه أو ماله، فلا يسأل عنه المالك الذي تصرف في ملكه في الماضي، كمسألة المصنع الذي بناه صاحبه، ثم بنى الناس حوله، ومن المحتمل مع هذا إذا تعاظم ضرر المصنع تكليف المتضررين بتحمل نفقات نقله إلى مكان لا يضر بأحد، فأما التوسع إلى منع كل ضرر، فيفسد باب انتفاع الإنسان بملكه.

* * *

● (مادة ٦٤): إذا كان لأحد علو ولآخر سفل، فلصاحب العلو حق القرار في السفل، والسقف ملك لصاحب السفل، ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعًا معتادًا، ولصاحب السفل حقٌّ في العلو يستره من الشمس ويقيه[(١)] من المطر[(٢)].

تناولت هذه المادة ملكية الطبقات في اصطلاحات القوانين المدنية العربية الحديثة، وتقوم الأحكام التي رتبتها هذه المادة على مفهوم الحصص المفرزة التي يختص بها كل من صاحب العلو وصاحب السفل، مع الأخذ كذلك بمفهوم الشيوع الإجباري الذي عرَّفه الفقه الإسلامي الذي يتضح من تعلق حق كل من صاحب العلو والسفل ببعض ما يتملكه الآخر، ويتضح هذا فيما يلي، ومع هذا فإن بعض الفقهاء يغلبون مفهوم الحصص المفرزة بعد قسمة العلو والسفل واختصاص كل منهما بملكه، ويجعل اتصالهما كاتصال بيتين متجاورين،

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٥٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان لشخص سفل ولآخر علو، فكل منهما له حقوق وعليه حقوق للآخر يجب مراعاتها.

فلا يجوز لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفًا مضرًّا إلا بإذن الآخر؛ لأن تصرفه يؤدي إلى ضرر من معه، وذلك غير جائز فلا يسوغ لصاحب السفل مثلًا أن يحفر بالوعة أو بئرًا يترتب على كلٍّ منهما وهن البناء، ولا فتح شباك يكون سببًا في هدم البناء أو وهنه، ولا أن يكسر خشبة من السقف، ولا أن يهدمه، وكذلك لا يجوز لصاحب العلو أن يعمل عملًا يؤدي إلى ضرر صاحب السفل، فلا يدق على سطح السفل شيئًا حتى يتساقط التراب عليه، ولا أن يضع متاعه في مكان واحد بحيث يترتب على ذلك كسر بعض الأخشاب، ونحو ذلك مما شأنه الضرر البين، كأن يهدم علوه، ولصاحب العلو الحق في استقراره على سطح السفل، وله حقه في العلو من جهة كونه يحفظ ملكه من الأعراض الجوية؛ فيمنع عنه المطر مثلًا ويقيه الحر.

فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يضر بصاحبه، ومع ذلك فإن هذين المفهومين بحاجة إلى دراسة مستقلة في حيز أوفى من مجرد الإشارة.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٥٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها: « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض المقام عليها البناء، والأرض المحيطة به، وهياكل البناء وأجزائه وملحقاته المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع أو التي تتوقف عليها متانة البناء، وبوجه خاص: الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية، وقواعد الأرضيات والأسطح، والمداخل والأفنية والممرات والدهاليز، والسلالم والمصاعد، والأماكن المخصصة للعاملين في خدمة البناء أو للخدمات المشتركة وكل أنواع الأنابيب والأجهزة، إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة وتقتصر منفعته على مالكها، كل هذا ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه ».

كما أنها تتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٨٥٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص: الأساسات والجدران الرئيسية، والمداخل والأفنية، والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز، وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب، إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه ».

وتتفق كذلك مع المادة (٨٤٩) من التقنين الكويتي.

***

● **(مادة ٦٥) : إذا كان باب السفل والعلو واحدًا فلكل من صاحبيهما استعماله مشتركًا فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر[٢] من الانتفاع به دخولًا[٣] وخروجًا[٤].**

يقوم هذا الحكم على مفهوم الشيوع الإجباري في منافع البناء المشترك بين صاحب

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية : المادة (٨٥٩)، ص : ٣٤٥.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « الآخرين »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٦٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان كل من العلو والسفل له مدخل خاص به، فليس لأحدهما حق في المرور من طريق صاحبه إلا بإذنه، وإن كان الطريق واحدًا، فلكلٍّ منهما الدخول والخروج منه، وليس لأحدهما أن يمنع الآخر؛ لأنه حينئذٍ يكون قد منعه حقه، وهو لا يجوز.

السفل والعلو، وقد نصت المادة السابقة على اختصاص كلٍّ من صاحب العلو والسفل بطبقته حتى يملك صاحب السفل الأرض، وصاحب العلو سطح طبقته مع التزام كل منهما بعدم التصرف الضار بالآخر، أما هذه المادة فتنص على الجزء الآخر، وهو الاشتراك بين صاحب العلو والسفل في المنافع المشتركة التي لا يستطيع كلٌّ منهما الاستفادة بملكه بدونها، وعليه فلو هدم الحائط أحدهما يجبر على إعادته؛ لأنه أتلف محل حق أحدهما، فيجب جبره على الإعادة، وعلى هذا سفل لرجل، وعليه علو لغيره، فأراد صاحب السفل أن يفتح بابًا أو يثبت كوة أو يحفر طاقًا أو يقد وتدًا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفًا لم يكن قبل ذلك، ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو، سواء أضر ذلك بالعلو - بأن أوجب وهن الحائط - أو لم يضر به عند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - وعندهما: له ذلك إن لم يضر بالعلو، ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئرًا أو بالوعة أو سردابًا، فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعًا، وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق، وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعًا لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بابًا أو كنيفًا لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة، سواء أضر بالسفل أو لا، وعندهما: له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل، وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعًا.

ويتسق رأي أبي حنيفة في هاتين المسألتين مع مفهوم الشيوع الإجباري في المنافع التي يتوقف عليها انتفاع كل من صاحب العلو والسفل بطبقته.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٦٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها: « لكل مالك، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار، أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، مع مراعاة حقوق باقي الملاك »[٢].

***

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية : المادة (٨٦٣)، ص : ٣٤٦.

(٢) هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٨٥٧) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « كل مالك، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار، حرٌّ في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم ».

وتتفق كذلك مع المادة (٨٥٥) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة، هو بيان حدود حق المالك في استعمال الأجزاء المشتركة على نحو يكفل لهذه الأجزاء وظيفتها ويحقق المساواة بين الملاك.

(مادة ٦٦) : إذا هدم صاحب السفل[1] سفله تعديًا يجب عليه تجديد بنائه، ويجبر على ذلك[2].

تناول المؤلف في هذه المادة فرعًا فقهيًّا خاصًّا بهدم صاحب السفل سفله تعديًا، والحكم بإجباره على بناء ما هدمه؛ لتعلق حق صاحب العلو بالحوائط الحاملة لعلوه، وهو تطبيق لمفهوم الشيوع الإجباري السابق ذكره، وقد سبق كذلك وضوح هذا المفهوم عند أبي حنيفة. ويتفق مع ذلك أنه إذا كان لرجل سفل ولآخر، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدًا، ولا ينقب فيه كوة، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - وقالا: يصنع فيه ما لا يضر بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلو بيتًا أو يضع عليه جذوعًا أو يحدث كنيفًا، قيل: ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة - رحمه اللَّه - على معنى أنه لا يمنع إلا ما فيه ضرر مثل ما قالا، وقيل: فيه خلاف حقيقة؛ وهو أن الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف في ملكه وهو مطلق له، والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير، فما أشكل يبقى على أصل الإباحة وعنده الأصل هو الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة، والإطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين، فما أشكل يبقى على أصل الحظر، وهذه الأشياء من المشكل، فظهر فيها ثمرة الخلاف، ولا خلاف فيما لا إشكال فيه.

ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي، ولكن لصاحب العلو أن يبني إن شاء ويبني عليه علوه، ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء؛ لأنه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعًا، بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع؛ لأنه متبرع؛ إذ هو ليس بمضطر؛ لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني نصيبه، وصاحب العلو ليس كذلك حتى ولو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع. وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام، فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع، لأنه مضطر؛ إذ لا يمكن قسمة بعضه، ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا، ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على إعادته لتعديه بمحل تعلق به حق

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٦٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لو هدم صاحب السفل سفله تعديًا، أجبر على إعادته لتعديه، ولو ترتب على هدمه لسفله هدم العلو لزمه إعادته كما كان؛ لأنه هو الذي أتلفه بسبب هدمه السفل.

وكذا لو هدم صاحب العلو علوه تعديًا لزمه إعادته؛ لتعلق حق صاحب السفل به؛ لأنه يقي سفله من المطر ويستره من الحر.

وكذا الحكم فيما إذا حصل هدم جزء من السفل أو العلو، فإن كلًّا منهما يجبر على إعادة الجزء الذي هدمه.

الغير كالراهن يعتق العبد المرهون، أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق أو نحوه.

وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه، فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع؛ لأنه متطوع؛ إذ كان يمكنه أن يجبره، وذلك مثل: كري النهر أو إصلاح سفينة معيبة وفداء العبد الجاني، وإن لم يجبر لا يكون متطوعًا كمسألة انهدام العلو والسفل؛ لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلًا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالإصلاح فصار مضطرًا، وذكر في النهاية معزيًا إلى قاضي خان: ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرًا عند أبي حنيفة ﷺ له ذلك، وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٦٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير من مظهره الخارجي »[1].

***

(مادة ٦٧) : إذا انهدم السفل بلا صنع صاحبه، فعليه بناؤه بلا جبر عليه، فإن امتنع صاحب السفل من تعميره وعمره صاحب العلو بإذن صاحبه أو بإذن القاضي، فله الرجوع على صاحب السفل بما أنفقه على العمارة بالغًا ما بلغ قدره.

وإذا عمره بلا إذن صاحبه أو إذن القاضي، فليس له الرجوع إلّا بقيمة البناء، وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع.

ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه، وله أن يؤجره بإذن القاضي، ويستخلص حقه من أجرته[2].

---

(١) يصدق ذلك على كل عمل يأتيه المالك، ويكون من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير من مظهره الخارجي، سواء كان ذلك في الطبقة أو الشقة التي يملكها أو في الأجزاء المشتركة، كأن يضع في الشقة أشياء ثقيلة الوزن إلى الحد الذي يزيد عن المعتاد ويهدد سلامة السقف، أو يضع آلات يترتب على تشغيلها المساس بسلامة البناء.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (٨٥٧) من التقنين الكويتي، والسند الشرعي لها: أن حكمها يقصد به المحافظة على مصلحة الملاك، وهو من الأغراض الأساسية في الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: تقدم أنه إذا كان الهدم عمدًا يجبر الهادم على إعادة ما هدمه، فإن انهدم السفل بنفسه بدون تعدي صاحبه، فلا يجبر على إعادته؛ بل يطلب منه إعادته، فإن أعاده كما كان فبها، وإن لم يعده فلصاحب العلو بناؤه، فإذا بناه فإما أن يكون ذلك بإذن صاحب السفل أو القاضي، وإما أن يبنيه بغير إذنهما، فإن بناه بإذن صاحبه أو بإذن القاضي، فله الحق في الرجوع على صاحب السفل بجميع ما صرفه على العمارة؛ لأنه بسبب الإذن صار بمنزلة الوكيل، والوكيل له الحق في الرجوع على موكله بجميع ما صرفه على ما وكل فيه، وإن بنى صاحب العلو السفل بدون إذن مالكه أو إذن القاضي، فله الحق في الرجوع على صاحب السفل بالقيمة التي يقدرها أهل الخبرة يوم الفراغ من بنائه، ولا يعد =

إن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع إلا لحق الغير، وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه؛ بل لما يتضرر به صاحب الحق، ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره، ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك، والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه.

ولأبي حنيفة أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه - في هذه المسألة وما يشبهها - لا يقف على الضرر؛ بل هو حرام، سواء تضرر به أم لا، ألا ترى أن نقل المرآة من دار المالك إلى موضع آخر حرام، وإن كان لا يتضرر به المالك، والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه، ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح؛ لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق؛ دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام سواء أضر بالمالك أو لا، وهنا حق صاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بإذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال، وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره؛ لأن ذلك ليس تصرفًا في ملك الغير وحقه؛ إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه.

وعلى هذا: إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابًا أو كان ميزابًا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك، وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابًا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك؛ لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه، وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك؛ لأن ذلك تصرف في حق الغير بالإبطال والتغيير، فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق، ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك؛ لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين.

***

(مادة ٦٨) : لا يجوز لذي العلو أن يبني[1] في علوه بناءً جديدًا، ولا أن يزيد في ارتفاعه

= متبرعًا في هذه الحالة؛ لأنه مضطر في بنائه للوصول إلى حقه وهو العلو.

ثم إذا دفع صاحب السفل ما صرفه صاحب العلو على البناء في صورة الإذن أو القيمة في صورة عدمه سلم إليه السفل، وإن لم يدفع شيئًا من ذلك، فلصاحب العلو أن يمنعه من سكناه وإجارته وإعارته، وله أن يؤجره بإذن القاضي مدة تفي الأجرة فيها بحقه وبعد ذلك يسلمه لصاحبه.

وقال الإمام أحمد: يجبر صاحب السفل على إعادته مطلقًا، سواء كان الهدم بتعدي صاحب السفل أو حصل قضاءً وقدرًا؛ ليتمكن صاحب العلو من الانتفاع به.

(١) في طبعة دار الفرجاني « يقي »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

بغير إذن صاحب السفل إلَّا إذا علم أنه لا يضر بالسفل، فله ذلك بغير إذن صاحب السفل[١].

عُلم مما تقدم أن كلًّا من صاحب العلو والسفل لا يجوز له التصرف في ملكه بما يعود بالضرر على الآخر، وينبني على ذلك أنه إذا كان لشخص سفل ولآخر عليه علو، وأراد صاحب العلو أن يجدد بناء لم يكن له من قديم الزمان، أو أراد أن يزيد في ارتفاع البناء عن الحالة التي كان عليها بغير إذن صاحب السفل فلا يجوز له ذلك؛ لأنه يملك حصته المفرزة وحدها، ومنافع الدار والحقوق المتعلقة بها على الشيوع بين صاحب السفل وصاحب العلو، ولا حق لأحدهما في التصرف في هذه المنافع والحقوق بدون إذن الآخر ورضاه.

وقال بعض الحنفية: لا يخلو الحال، إمَّا أن يكون ذلك التجديد والرفع مضرًّا بالسفل أو لا، فإن كان الأول فلا يجوز لما فيه من الضرر، وإن كان لا يضر بأن قرر أهل الخبرة الموثوق بعدالتهم أن ما يريد إجراءه صاحب العلو لا يضر بالسفل جاز له إجراء ما يريده؛ لأن الأبنية يختلف شكلها وارتفاعها باختلاف الأزمان.

ولا يلتفت أصحاب هذا الرأي إلى مفهوم الشيوع الجبري القائم بين صاحب السفل والعلو الذي يبدو وعي أصحاب الرأي السابق به.

***

● **(مادة ٦٩) : لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه، ولا على أن يعطيه جزءًا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط**[٢].

لو فرض أن شخصًا له قطعة أرض بجوار شخص آخر له فيها بناء فهدمه أو كانت خالية منه، فليس للشخص الأخير أن يجبر صاحب الملك على إقامة حائط على حدود ملكه؛ لأن المالك هو صاحب الشأن في ماله، فإن شاء تصرف فيه، وإن شاء ترك ذلك، وكذلك لا يسوغ له أن يجبره على أخذه جزءًا من حائطه، أو الأرض التي بنى فيها الحائط؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **«لا يحل مال امرئ مسلم إلَّا بطيب نفس منه »**[٣].

وقال الإمام أحمد: إذا كان لرجل ساحة يلقي فيها التراب والقاذورات من الحيوانات الميتة وغيرها وتضرر الجيران منها، يجب على صاحبها دفع ضررهم، إما بعمارتها أو بإعطائها

---

(١) هذه المادة تقابل المادة (٨٥٩) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ص : ٣٤٥.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٨١٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، حديث رقم : (٧٧٧٤)، ٤/ ٣١٩، مسند أبو يعلى، حديث رقم : (١٥٧٠)، ٣/ ١٤٠، وقال الحاكم: هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

لمن يعمرها أو يمنع من إلقاء ما يضر بالجيران، وهو حسن لما فيه من دفع الضرر.

ولا يجبر الشريك على بناء حاجز بين ملكهما؛ لأن انتفاعهما لا يتوقف على ذلك، فلا ضرر على تركه، بخلاف الحائط المشترك والسقف، فإن أراد أحدهما البناء فله ذلك في ملكه الخاص[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨١٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١-« ليس للمالك أن يجبر جاره على تحويط ملكه.

٢- ومع ذلك، فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ».

وهذه المادة تقابل المادة (٨١٨) من مشروع القانون المدني المصري، التي تنص على ما يأتي:

« ١- ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة (٨١٦).

٢- ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ».

والمادة المذكورة تقابل المادة (١٠٩٢) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (١٢٧٩) من التقنين الأردني.

***

● (مادة ٧٠) : إذا كان الحائط مشتركًا بين اثنين فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة في البناء عليه بلا إذن الآخر[٣]، سواء كان تصرفه مضرًا بالآخر أم لا[٤].

الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيع بأن تتداخل أنصاف لبناته في

---

(١) انظر : مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المادة (٢٩١).

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية : المادة (٨١٨)، ص : ٣٢٤.

(٣) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٥٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا كانت العين مشتركة بين اثنين فأكثر، فليس لكل شريك التصرف المطلق في العين المشتركة، بل يجوز لكلٍّ منهما التصرف بدون أن يترتب على ذلك ضرر لشريكه أو التعدي على حقه.

وينبني على ذلك أنه إذا كان الحائط مشتركًا بين اثنين، وأراد أحدهما أن يرفع بناءه أو يزيد فيه بدون إذن شريكه، فلا يجوز؛ =

لبنات الآخر، ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته على أنهما بُنيا معًا، وسمي بذلك؛ لأنه حينئذ يبنى مربعًا لا لمن له اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو هرادي[١]، كقصب وطبق يوضع على الجذوع، ويكون بين الجارين لو تنازعا ولا يخص به صاحب الهرادي، بل صاحب الجذع، ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع، وقيل: لذي الجذوع، وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديًا فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة.

وفي البزازية: جدار مشترك بين اثنين، لأحدهما عليه حمولة، للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه إن كان الحائط يحتمل، وإلا يقال لذي الجذوع: إن شئت فارفعها ليستوي صاحبك، وإن شئت فحط بقدر ما يمكن محمل الشريك، وفي البزازية أيضًا: جدار بينهما أراد أحدهما أن يبني عليه سقفًا آخر أو غرفة يمنع، وكذا إذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع إلَّا إذا كان في القديم.

وفي رجل استأذن جارًا له في وضع جذوع له على حائط الجار أو في حفر سرداب تحت داره، فأذن له في ذلك ففعل، ثم إن الجار باع داره فطلب المشتري رفع الجذوع والسرداب كان له ذلك، إلا إذا كان البائع شرط في البيع ذلك، فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطلب ذلك.

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٨٥٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررًا جسيمًا، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئًا من متانته.

٢ - فإذا لم يكن الحائط صالحًا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد عن سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة،

=لأنه تصرف فيما هو مشترك، والاشتراك يقتضي التساوي في التصرف.

وقال بعضهم: يجوز بشرط أن لا يترتب عليه ضرر سواء كانت الزيادة توافق الرسم المعتاد أو لا، وفصل بعض المحققين فقال: إن كانت الزيادة لا توافق الرسم المعتاد لا يجوز له أن يوجدها إلَّا بإذن شريكه، وإن وافقت الرسم المعتاد ولم يترتب عليها ضرر جاز، ونسب الرأي الأول للإمام محمد، ورجحه العلماء.

(١) هرادي: الهرادي: جمع هردية: قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم، كذا في الهامش، وفي منهوات العزمية: الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة، والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية: المادة (٨٥٦)، ص : ٣٤٤.

وإلا فعليه أن يدفع لجاره مقدمًا قيمة الأرض التي امتد إليها ما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركًا، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض ».

وهذه المادة تقابل المادة (٨١٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١- « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة (٨١٦).

٢- ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ».

وتتفق كذلك مع المادة (٨١٥) مدني مصري.

والمادة (١٠٨٩) من التقنين العراقي، والمادة (١٢٧٧) من التقنين الأردني.

***

● (مادة ٧١): لكلٍّ من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابًا بقدر ما لشريكه، بشرط أن لا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط، وليس لأحد منهما أن يزيد في أخشابه بدون إذن الآخر، كما أنه لا يجوز لأحد منهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يمينًا أو شمالًا ولا من أسفل إلى أعلى، ولو من أعلى إلى أسفل جاز، وإذا كان لكل منهما عليه أخشاب، فلصاحب الأسفل أن يرفع أخشابه بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط، وكذا لصاحب الأعلى أن يسفل أخشابه إن لم يضر بالحائط[1].

لو فعل شيئًا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير، وعلى هذا، سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛ لأنه ملكه، والإنسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه، ولكن يقال لصاحب العلو: إن شئت فابن السفل من مال نفسك، وضع عليه علوك، ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يردَّ عليك قيمة البناء مبنيًّا.

ولو فرض أن كلًّا من الشريكين لم يكن له عليه أخشاب، فأراد أحدهما أن يضع أخشابه على الحائط المشترك بحيث لا يضره جاز له ذلك، وليس لشريكه أن يمنعه من وضعها لضرورة انتفاعه بملكه.

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٥٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن يقال له: ضع أنت مثل ذلك إن شئت، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان وضع الخشب قديمًا أو حادثًا.

ومحل كون الشريك يضع أخشابًا بقدر شريكه إذا كان الحائط يتحمل ذلك، فإن كان لا يتحمل وجب على كلٍّ من الشريكين أن يضع عليه أخشابًا بقدر ما يتحمل حتى لو كانت الأخشاب التي وضعها الشريك الأول كثيرة أمر برفعها ليضع صاحبه مثلها؛ لضرورة التساوي في الانتفاع شأن كل ملك مشترك.

ولو أراد أحد الشريكين أن يزيد في وضع أخشابه عن المقدار الذي وضعه صاحبه أو أحب أن يفتح فيه شباكًا أو بابًا، فليس له ذلك لضرورة الشركة، فلا يستقل بولاية التصرف، وإنما جاز للشريك وضع أخشاب على الحائط بدون إذن شريكه، ولو لم يكن عليه أخشاب، لضرورة الانتفاع؛ إذ ربما لا يأذن له فيمنع من الانتفاع بحقه بخلاف زيادته في الأخشاب، وفتحه شباكًا أو بابًا، فإنه لا يترتب عليه المنع من الانتفاع بالكلية وهو ظاهر.

ولو أراد أحدهما أن يحول أخشابه إلى جهة أخرى غير التي عليها الأخشاب، فإما أن يأذن له شريكه أو لا، فإن أذن له جاز اتفاقًا، وإن لم يأذن له، فإمَّا أن يكون خلع الأخشاب ووضعها في جهة أخرى مضرًّا بالحائط أو لا، فإن كان مضرًّا فلا يجوز؛ لأن الضرر يزال شرعًا، وإن كان غير مضرٍّ جاز.

وينبني على ذلك: أنه إذا أراد أحد الشريكين نقل أخشابه من اليمين إلى اليسار أو عكسه، وكان ذلك يوهن البناء فلا يجوز، وإن كان لا يترتب عليه ضرر جاز.

وإذا أراد أن يرفع أخشابه من أسفل إلى أعلى فلا يجوز، وإذا أراد عكس ذلك جاز لعدم الضرر، وإن سهل تحويلها، سواء كان من أسفل إلى أعلى أو عكسه، فالحكم في ذلك مبنيٌّ على وجود الضرر وعدمه.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٥٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أُعِدَّ له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

٢ - وإذا احتاج الحائط إلى إصلاح، أو لم يعد صالحًا للغرض الذي أعدَّ له، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه ».

وتتفق كذلك مع المادة (٨١٤) مدني مصري، ونصها:

١ - « لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعدَّ له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

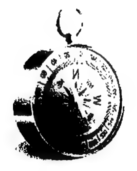
٢- فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحًا للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه».

وفي هذا المعنى أيضًا المادتان (١٢١٠، ١٢١١) من المجلة.

كذلك نصت المادة (١٣١٨) من المجلة على ما يأتي: « إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن، وخيف من سقوطه، وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر، فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك ».

الكتاب الثاني

في أسباب الملك



● **(مادة ٧٢) : أسباب الملك هي: العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر، كبيع أو هبة أو وصية والميراث، ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، والشفعة**[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن أسباب الملك بصورة مجملة، وذلك في بداية حديثه عنها بالتفصيل في هذا الكتاب، وذلك بعد أن تكلم في الكتاب السابق عن الأموال.

وتعريف الملك كما جاء في فتح القدير أنه: قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف، فخرج نحو الوكيل.

وينبغي أن يقال: إلَّا لمانع، كالمحجور عليه فإنه مالك ولا قدرة له على التصرف، والمبيع المنقول مملوك للمشتري ولا قدرة له على بيعه قبل قبضه، وعرفه في الحاوي القدسي بأنه: الاختصاص الحاجز، وهو حكم الاستيلاء؛ لأنه به يثبت لا غير؛ إذ المملوك لا يملك كالمكسور لا ينكسر؛ لأن اجتماع الملكين في محل واحد غير وارد، فلا بد وأن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليًا عن الملك، والخالي عن الملك هو المباح.

والمثبت للملك في المال المباح الاستيلاء لا غير.

أمَّا أسباب التملك: فهي المعاوضات المالية، والأمهار، والخلع، والميراث، والهبات والصدقات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والاستيلاء على المباح، والإحياء، وتملك اللقطة بشرطه، ودية القتيل يملكها أولًا ثم تنقل إلى الورثة، ومنها الغرة يملكها الجنين فتورث عنه، والغاصب إذا فعل بالمغصوب شيئًا أزال به اسمه وأعظم منافعه ملكه، وإذا خلط المثلي بمثلي بحيث لا يتميز ملكه.

والمثبت للملك في المال المباح الاستيلاء لا غير، وهو طريق الملك أصلًا في جميع

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ملك الإنسان للأشياء المالية عارض ومكتسب بسبب من أسبابه، وقد قسمها الفقهاء إلى قسمين: عقود وغير عقود؛ فالعقود تشتمل على ما يأتي:

الأول: البيع، وهو لغة: مطلق المبادلة، سواء كان بمال أو غيره، وشرعًا هو: مبادلة المال بالمال على وجه التراضي.

الثاني: الهبة، وهي لغة: مطلق العطية، واصطلاحًا: تمليك العين بلا شرط عوض.

الثالث: الوصية، وهي: اسم من الإيصاء، وشرعًا: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

وغير العقود يشتمل على ما يأتي:

الأول: الميراث بمعنى الإرث، الذي هو عبارة عن: استحقاق الورثة للتركة.

الثاني: وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، مثل: السمك في البحر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ سبقت يده إلى مال مباح فهو له».

الثالث: الشفعة، وهي: ثبوت حق تملك العقار ولو جبرًا عن المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمصاريف. وسيتضح لك أحكام كل قسم من هذه الأقسام بأجلى بيان.

الأحوال؛ لأن الأصل الإباحة فيها، وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء إليه، فمن شرط البيع: شغل المبيع بالملك حالة البيع، حتى لم يصح في مباح قبل الاستيلاء، ومن شرط الاستيلاء: خلو المحل عن الملك وقته، وبالإرث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حيٌّ، فالأسباب ثلاثة: مثبت للملك؛ وهو الاستيلاء، وناقض للملك؛ وهو البيع ونحوه، وخلافة؛ وهو الميراث والوصية، وما أريد لأجله حكم التصرف حكمة وثمرة، فحكم البيع الملك، وحكمته إطلاق الانتفاع، والعقود تبطل إذا خلت عن الأحكام، ولا تبطل بخلوها عن الحكم.

أمَّا في الوقف، فالمراد منافعه، وإلا فرقبة الوقف لا تملك عندنا؛ لأن الملك في الوقف يزول عن المالك لا إلى مالك، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه، ولو معينًا كما سيأتي قريبًا.

والقاعدة العامة أنه لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره إلا الإرث اتفاقًا، وكذا الوصية في مسألة، وهي أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله، قال الزيلعي: وكذا إذا أوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول؛ استحسانًا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه.

وما وهب للعبد وقبله بغير إذن السيد يملكه السيد بلا اختياره، وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه، وإن لم يقبل، ونصف الصداق بالطلاق قبل الدخول لكن يستحقه الزوج إن كان قبل القبض مطلقًا، وبعده لا يملكه إلا بقضاء أو رضًا كما في فتح القدير، والمعيب إذا رد على البائع به، لكن إن كان قبل القبض انفسخ البيع مطلقًا، وإن كان بعده فلا بد من القضاء أو الرضا، كالموهوب إذا رجع الواهب فيه، وأرش الجنايات، والشفيع إذا تملك بالشفعة دخل الثمن في ملك المأخوذ منه جبرًا؛ كالمبيع إذا هلك في يد البائع، فإن الثمن يدخل في ملك المشتري، وكذا إنماء ملكه من الولد والثمار.

والماء النابع في ملكه وما كان من إنزال الأرض، إلا الكلأ والحشيش والصيد الذي باض في أرضه.

ويدخل الموصَى به في ملك الموصَى له إذا مات الموصَى له قبل قبوله الوصية، والقياس أن تبطل الوصية؛ لأن أحدًا لا يقدر على إثبات الملك لأحد بدون اختياره، فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع؛ وجه الاستحسان: أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع ثم مات من له الخيار قبل الإجازة.

وفي مغني المفتي: رجل أوصى لما في بطن المرأة جازت الوصية، ولو صالح أبو الحمل بما أوصى له مع رجل لم يجز؛ لأنه لا ولاية للأب على الجنين؛ لأنه أصل من وجه، تبع للأم من وجه كسائر أجزائها، فعملنا بهما، ففي حق الموصى له اعتبر نفسًا، وفي حق الصلح اعتبر جزءًا، عملًا بهما، كذا في الوالجية وفي التبيين، ولا تصح الهبة للحمل؛ لأن الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع، قلت: فقد أفاد - رحمه اللَّه - أنه لا ولاية على الجنين لأحد أصلًا وبه ظهر خطأ من أفتى أن الوصي يملك التصرف في المال الموقوف للحمل، واللَّه أعلم.

وإذا كسا مسكينًا عن كفارة يمينه، ثم مات المسكين، فورثه هذا منه، أو اشتراه في حياته، أو وهبه له لم يفسد ذلك عليه؛ لأن الواجب قد تأدى بوصول الثوب إلى يد المسكين، ولم يبطل ذلك بما اعترض له من الأسباب، وقد بينَّا في الزكاة نظيره، والأصل فيه ما روي أن بريرة كان يُتصدق عليها، وتهديه إلى رسول اللَّه ﷺ، ويقول: « **هي لها صدقة، ولنا هدية** »، هذا دليل على أن اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان، وفي حديث أبي طلحة أنه تصدق على ابنته بحديقة له، ثم ماتت فورثها منها، فسأل رسول اللَّه ﷺ عن ذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: « **إن اللَّه قبل منك صدقتك، وردَّ عليك حديقتك** ».

ويملك أموال المسلمين بالقهر إذا أحرزوها بدارنا عندنا، ولا يملكونها عند الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١]، والتملك بالقهر أقوى جهات السبيل، ولما أغار عتيبة بن حصن على سرح المدينة، وفيه ناقة رسول اللَّه ﷺ العضباء، وامرأة من الأنصار، قالت الأنصارية: فلما جن الليل قصدت الفرار من أيديهم، فما وضعت يدي على بعير الأرغي حتى وضعت يدي على ناقة رسول اللَّه ﷺ العضباء، فركنت إليَّ فركبتها، وقلت: لئن نجاني اللَّه تعالى عليها لأنحرنها ولآكلن من سنامها وكبدها، فلما أتيت رسول اللَّه ﷺ وقصصت عليه هذه القصة، قال: « **بئسما جازيتها، لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم** »، وفي رواية: « **رديها فإنها ناقة من إبلنا، وارجعي إلى أهلك على اسم اللَّه** » والمعنى فيه أن هذا عدوان محض؛ لأنه حرام ليس فيه شبهة الإباحة، فلا يكون سببًا للملك، كاستيلاء المسلم على مال المسلم، وهذا لأن الملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيستدعي سببًا مشروعًا، والعدوان المحض ضد المشروع؛ ولأن المعصوم بالإسلام لا يملك بالقهر كالرقاب؛ فإن الشرع أثبت العصمة بسبب واحد في المال والرقاب، قال ﷺ: « **فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم** »، فذلك دليل المساواة بينهما في المنع من التملك بالقهر.

وهذا لأن الاستيلاء سبب الملك في محلٍّ مباح لا في محلٍّ معصوم، حتى لا يملك مال المستأمن بالقهر بخلاف مال الحربي الذي لا أمان له، ولا يملك صيد الحرم بالاستيلاء بخلاف صيد الحل، والسبب لا يعمل إلا في محله، فإذا صادف الاستيلاء محلًّا معصومًا لم يكن موجبًا للملك، وبه فارق سائر أسباب الملك من البيع والهبة؛ لأنه موجب للملك في محلٍّ معصوم وهو مملوك.

وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ ﴾ [الحشر: ٨] فإن اللَّه تعالى سمى المهاجرين فقراء، والفقير حقيقةً من لا ملك له، ولو لم يملك الكفار أموالهم بالاستيلاء لما سماهم فقراء، ولما قال علي لرسول اللَّه ﷺ يوم فتح مكة: ألا تنزل دارك؟ قال: « وهل ترك لنا عقيل من ربع »، وقد كان له دار بمكة ورثها من خديجة - رضي اللَّه عنها - فاستولى عليها عقيل بعد هجرته، والمعنى فيه: أن الاستيلاء سبب يملك به المسلم مال الكافر، فيملك به الكافر مال المسلم، كالبيع والهبة، وتأثيره أن نفس الأخذ سبب لملك المال إذا تم بالإحراز وبيننا وبينهم مساواة في أسباب إصابة الدنيا، بل حظهم أوفر من حظنا؛ لأن الدنيا لهم؛ ولأنه لا مقصود لهم في هذا الأخذ سوى اكتساب المال، ونحن لا نقصد بالأخذ اكتساب المال.

ثم جعل هذا الأخذ سببًا للملك في حق المسلم بدون القصد؛ فلأن يكون سببًا للملك في حقهم مع وجود القصد أَوْلَى، وإنما يفارقوننا فيما يكون طريقه طريق الجزاء؛ لأن الجزاء بوفاق العمل وذلك في تملك رقاب الأحرار؛ لأن الآدمي في الأصل خلق مالكًا لا مملوكًا، فصفة المملوكية فيه تكون بواسطة إبطال صفة المالكية، وذلك مشروع في حقهم بطريق الجزاء، فإنهم لما أنكروا وحدانية اللَّه تعالى جازاهم اللَّه تعالى على ذلك بأن جعلهم عبيد عبيده، ولا يوجد ذلك في حق المسلمين، ولا إشكال أن إبطال صفة الحرية يكون بطريق الجزاء والعقوبة، ألا ترى أن إثبات صفة الحرية في المملوك مشروع بطريق الجزاء والتقرب فإبطال صفة الحرية يكون للجزاء والعقوبة، وقد تعذر إثبات هذه الواسطة في رقاب الأحرار المسلمين، أو من ثبت له حق العتق منهم، حتى إن في حق العبيد لما كان الملك يثبت بدون هذه الواسطة، قلنا بأنهم يملكون عبيدنا بالأخذ؛ والمفارقة بيننا وبينهم في الحل والحرمة لا يمنع المساواة في حكم الملك عند تقرر سببه.

ألا ترى أن استكساب المسلم عبده الكافر سبب مباح للملك، واستكساب الكافر عبده المسلم حرام، ومع ذلك كان موجبًا للملك لتقرر السبب، مع أن الفعل الذي هو عدوان

غير موجب للملك عندنا؛ لأن الفعل إنما يكون عدوانًا في مال معصوم، والعصمة بالإحراز، والإحراز بالدار لا بالدين؛ لأن الإحراز بالدين من حيث مراعاة حق الشرع، والإثم في مجاوزة ذلك، ولا يتحقق ذلك في حق المنكرين، فإنما يكون الإحراز في حقهم بالدار التي هي دافعة لشرهم حسًّا، وما بقي المال معصومًا بالإحراز بدار الإسلام لا يملك بالاستيلاء عندنا، وإنما يملك بعد انعدام هذه العصمة بالإحراز بدار الحرب، والأخذ بعد ذلك ليس بعدوان محض، والمحل غير معصوم أيضًا، فلهذا كان الاستيلاء فيه سببًا للملك، والدليل على أن الإحراز بالدين لا يظهر حكمه في حقهم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا من نفوس المسلمين وأموالهم، وتأثير العصمة في إيجاب الضمان أظهر منه في دفع الملك، ثم لما لم يبق للعصمة بالدين اعتبار في حقهم في إيجاب الضمان فكذلك في دفع الملك، وتأويل الحديث أنهم لم يحرزوها بدارهم بعد فلم يملكوها، ولا ملكت هي فلهذا استردها وجعل نذرها فيما لا تملك.

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا وقع هذا المال في الغنيمة، وقد كان المشركون أحرزوه فإن وجده مالكه قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة إن شاء؛ لحديث ابن عباس - رضي اللَّه تعالى عنهما - أن المشركين أحرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم، ثم وقعت في الغنيمة، فخاصم فيها المالك القديم، فقال ﷺ: «**إن وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شيء، وإن وجدتها بعد القسمة أخذتها بالقيمة إن شئت**».

ففي هذا دليل أنهم قد ملكوها وإنما فرق في الأخذ مجانًا بين ما قبل القسمة وما بعدها؛ لأن المستولى عليه صار مظلومًا، وقد كان يفترض على من يقوم بنصرة الدار، وهم الغزاة أن يدفعوا الظلم عنه بأن يتبعوا المشركين ليستنفذوا المال من أيديهم، وقبل القسمة الحق لعامة الغزاة فعليهم دفع الظلم بإعادة ماله إليه، فأما بعد القسمة فقد تعين الملك لمن وقع في سهمه وعليه دفع الظلم، ولكن لا بطريق إبطال حقه وحقه في المالية، حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بين الغانمين، وحق المالك القديم في العين، فيتمكن من الأخذ بالقيمة إن شاء، ليتوصل كل واحد منهما إلى حقه، فيعتدل النظر من الجانبين؛ ولأن قبل القسمة ثبوت حق الغزاة فيه ليس بعوض على شيء، بل صلة شرعية لهم ابتداءً، فلا يكون في أخذ المالك القديم إياه مجانًا إبطال حقهم عن عوض كان حقًّا لهم، فأما بعد القسمة فمن وقع في سهمه استحق هذا العين عوضًا عن سهمه في الغنيمة، فلا وجه لإبطال حقه في ذلك العوض، فيثبت للمالك القديم حق الأخذ بعد ما يعطي من وقع في سهمه العوض الذي كان حقًّا له، وإنما يأخذه إذا أثبت دعواه، فإن مجرد قوله ليس بحجة في إبطال حق الغانمين قبل

القسمة، ولا في استحقاق الملك على من وقع في سهمه بعد القسمة، وهذا إذا كان المأخوذ شيئًا لا مثل له، فأمَّا الدراهم والدنانير والفلوس والمكيل والموزون فإن وجدها قبل القسمة أخذها بغير شيء، وإن وجدها بعد القسمة فلا سبيل له عليها؛ لأن الأخذ شرعًا إنما ثبت له إذا كان مفيدًا، وقبل القسمة هو مفيد، فأما بعد القسمة لو أخذها بمثلها، وذلك غير مفيد، فإن المالية في هذه الأشياء باعتبار الكيل والوزن؛ ولهذا جرى الربا فيها، فلكون الأخذ غير مفيد قلنا بأنه لا يكون مشروعًا، بخلاف ما لا مثل له فإنه يأخذه بالقيمة، وذلك يكون مفيدًا لما في العين من الغرض الصحيح للناس.

وسألته عن رجل مات ممن له هذا الشرب قال: الشرب ميراث بين ورثته؛ لأنهم خلفاؤه يقومون مقامه في أملاكه وحقوقه، وقد يملك بالميراث ما لا يملك بسائر أسباب الملك؛ كالقصاص، والدين، والخمر يملك بالإرث فكذلك الشرب، وإن أوصى فيه بوصية جاز؛ لأن الوصية أخت الميراث ثم ما امتنع البيع، والهبة، والصدقة في الشرب للغرور، والجهالة أو لعدم الملك فيه في الحال، والوصية بهذه الأسباب لا تبطل.

ألا ترى أن الوصية بما يثمر نخيله العام يصح، فكذلك الوصية بالشُّرب.

قال: والطير في الهواء؛ لأنه غير مملوك له قبل الأخذ وبعده غير مقدور التسليم، وهذا إذا كان يطير ولا يرجع، وإن كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود إليه جاز بيعه؛ لأنه يمكن أخذه من غير حيلة، وعلى هذا لو باع صيدًا قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان في يده، أو محبوسًا في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن أخذه إلَّا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم، ولو أخذه وسلمه ينبغي أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآبق، ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز؛ لأنه لم يملكه، ولهذا لو باض فيها بيضًا أو تنكس الصيد أو تكسر يكون لمن أخذه، لعدم ملكه إياه، بخلاف ما إذا عسل فيه النحل حيث يملكه؛ لأن العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالأشجار؛ ولهذا وجب في العسل العشر إذا كان في أرض العشر كالثمار، وهذا إذا لم يهيئ أرضه لذلك؛ فإن هيأها له بأن حفر فيها بئرًا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ملكه؛ لأن التهيئة أحد أسباب الملك، ألا ترى أنه لو حط طستًا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه؟ وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه، وفي النهاية: لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له، ولم يحك فيه خلافًا على قياس ما ذكره - في الكافي - في الطير لا يكون له، وقد ذكرناه من قبل.

ويتضح من هذا أن أسباب الملك ثلاثة: مثبت للملك من أصله، وهو الاستيلاء على المباح، وناقل بالبيع والهبة ونحوهما، وخلافة كملك الوارث، فالأول شرطه خلو المحل عن الملك، فلو استولى على حطب جمعه غيره من المفازة لم يملكه.

***

الفَصْلُ الأوَّلُ

في العقود

● **(مادة ٧٣) : يصح أن تملك الأعيان بعوض وبغير عوض، سواء كانت عقارًا أو منقولًا**(١).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن صحة تملك الأعيان بعوض أو غير عوض، سواء كانت هذه الأعيان عقارات أو منقولات، وذلك في بداية حديثه عن العقود الناقلة للمِلكية.

وفي البداية نقول: إن العقود جمع عقد، ويقال: عقدت على قلبي؛ أي ألزمته وعزمت عليه، وعقد: أي نقض وإبرام فيما يعزم عليه، وفي المغرب: عقد الحبل عقدًا، وهي العقدة ومنها عقدة النكاح، والعقد: العهد، وعاقده: عاهده: وقرئ ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء:٣٣] و (عقدت) وهم موالي الموالاة وكانوا يتماسحون بالأيدي، ومعقد العز: موضع عقده، وتقديم القاف تصحيف، واعتقد مالًا: اتخذه وتأثله.

والعقد عندنا يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بهما حكمه، والعقود باعتبار كونها لازمة وغير لازمة تنقسم إلى عقود تكون لازمة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من أحد الجانبين فقط؛ فأما الأول: فمنه البيع والسلم، وأما الثاني: فمنه الوصية والعارية، والثالث منه الرهن جائز من جانب المرتهن ولازم من جانب الراهن بعد القبض، والثالث ومنه الكفالة جائزة من المطالب لازمة من جانب الكفيل.

وقد تكلم المؤلف - رحمه اللَّه - في الباب السابق أثناء حديثه عن الأموال عن عقود تملك المنافع سواء كانت بعوض أو بغير عوض، وهنا تكلم عن عقود تملكُ الأعيان سواء كانت عقارات ومنقولات، وذكر أنها تنقسم قسمين؛ قسم تملك الأعيان بعوض، وقسم تملك الأعيان بغير عوض، فُتملك بعوض عن طريق البيع والهبة مقابل العوض، وكذلك تملك بغير عوض عن طريق الهبة بغير عوض، والوصية.

---

(١) تكلم الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود جمع عقد، وهو في اللغة: مطلق الربط، وفي اصطلاح الفقهاء هو: ارتباط القبول بالإيجاب بحيث يكون بحالة موجبة لترتب حكمه عليه، والعقد وإن كانت أقسامه كثيرة إلَّا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا إلى قسمين:

الأول: أن يرد على تمليك الأعيان بعوض.

الثاني: أن يرد على تمليكها بغير عوض.

فالأول يسمى بيعًا، والثاني هبةً.

وهذا النوع من العقود هو النوع الأول من أسباب الملك هو الناقل للملكيات، وسيجري تفصيل أقسامه وأحكامه في المواد التالية.

***

● (مادة ٧٤) : ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحًا باتًّا نافذًا لازمًا[١]، سواء كانت عقارًا أو منقولًا[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم عقد البيع، وهو انتقال ملك العين المبيعة للمشتري، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن صحة تملك الأعيان بعوض وغيره، سواء كانت هذه الأعيان عقارات أو منقولات.

وتملك الأعيان بعوض؛ أي عقود المعاوضات هي عقود ناقلة لملكية العين المباعة وملكية الثمن، ففيها ينتقل الثمن من ملكية المشتري إلى ملكية البائع، والعين المباعة تنتقل ملكيتها من ملكية البائع لملكية المشتري، وحتي يتم هذا الانتقال لا بد فيه من شروط، منها حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحًا؛ لأن البيع قد يكون صحيحًا وقد يكون فاسدًا وقد يكون باطلًا وقد يكون مكروهًا، والصحيح نافذ وموقوف ولازم وغير لازم لهذا، ولكي يقع العقد صحيحًا باتًّا نافذًا لازمًا فلا بد أن يكون العاقد عاقلًا، وأن لا يكون العاقد واحدًا من الجانبين، إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته، أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضًا، وهو قول زفر - رحمه اللَّه -.

وكذلك لا بد من موافقة الايجاب للقبول من اتحاد المجلس، وأن يكون المعقود عليه موجودًا فلا يصح بيع المعدوم، وأن تكون العين المباعة ملكًا للبائع والثمن ملكًا للمشتري، هذا الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره فينظر إن كان البائع وكيلًا وكفيلًا فيكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليًّا فليس بشرط للانعقاد عندنا؛ بل هو من شرائط النفاذ، فإن بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٩٠٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) تكلم الشيخ محمد زيد الإبياني: وكل من القسمين له حكم مخصوص:

فالأول: تنتقل به ملكية المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد حصوله من غير توقف على تسليم وتسلم، إلا أنه يشترط لذلك أن يكون العقد مستوفيًا جميع شروطه التي هي أنواع أربعة شروط: انعقاد، وصحة، ونفاذ، ولزوم، وستعرف جميعها في أول كتاب البيوع.

والثاني: لا تنتقل به الملكية بمجرد حصوله؛ بل لا بد من التسليم والتسلم.

إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، وإن رد بطل، وعند الشافعي - رحمه اللَّه - هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده، وأن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكًا له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول، إلا إذا تراضيا فيكون بيعًا مبتدأ بالتعاطي، فإن لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر عليه، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض، وذكر الكرخي - رحمه اللَّه - أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز، ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم، وعجز عن التسليم، ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد[1].

وأن يكون المبيع معلومًا وثمنه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك، فيحصل المقصود.

وأن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه، فأمَّا ما وراءه فلا.

وكذلك يشترط الخلو عن الشروط الفاسدة، وهي أنواع؛ منها: شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل؛ لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها: « تكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالتصرف القانوني، إذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات، وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه »[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٤٨.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية: المادة (٩٠٠)، ص: ٣٦٣.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٣٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في النقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقًا للمادة (٢٠٤)، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادتين (٨٨٨، ١/ ٨٨٩) من التقنين الكويتي، وتقابل المادة (١/ ١١٢٦) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (١١٤٦) من التقنين الأردني.

***

● (مادة ٧٥) : للمشتري أن يتصرف في العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقارًا لا يخشى هلاكه، وليس له أن يؤجرها قبل قبضها، كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا بيعًا ولا إجارة إن كان منقولًا[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تصرف المشتري في العين المباعة قبل قبضها إن كانت عقارًا أو منقولًا، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن انتقال ملك العين المبيعة للمشتري فهنا تكلم عن حالة التصرف فيها قبل قبضها.

وبمجرد وقوع عقد البيع صحيحًا باتًّا نافذًا لازمًا تنتقل ملكية العين المباعة إلى المشتري، وبعدها يصير مالكًا لها ملكية تامة يصح له بمقتضاها كافة التصرفات، فله أن يملكها بعوض أو يملكها بغير عوض فله أن يبيعها وأن يهبها، وله كذلك أن يملك منافعها بعوض وبغير عوض، فله أن يؤجرها وأن يعيرها، فملكيته لها ملكية تامة، ولكن تصرفه فيها قبل القبض وبعده يختلف إن كان عقارًا وإن كان منقولًا، وقد خص المؤلف هذه المسألة بالحديث عنها في هذه المادة.

أولًا: بيع المشتري المنقول قبل قبضه:

يشترط في صحة بيع المشتري المنقول القبض، فلا يصح بيعه قبل القبض؛ لما روي أن النبي ﷺ : « نهى عن بيع ما لم يقبض »، والنهي يوجب فساد المنهي؛ ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه؛ لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول فينفسخ الثاني؛ لأنه بناه على الأول، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر، وسواء باعه من غير بائعه، أو من بائعه؛ لأن النهي مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه وبين البيع من بائعه، وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثاني، والأول على حاله.

---

(١) تكلم الشيخ محمد زيد الإبياني: والملكية وإن انتقلت بمجرد حصول عقد المعاوضة إلَّا أن المشتري ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، لكن على التفصيل الآتي، وبيانه:

إن المبيع إمَّا يكون عقارًا، أو منقولًا، والعقار إما أن يخشى هلاكه، أو لا.

فإن كان عقارًا لا يخشى هلاكه جاز بيعه لا إجارته.

وإن كان عقارًا يخشى هلاكه أو منقولًا فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بأي تصرف كان.

وسيأتي شرح هذه المادة بما لا مزيد عليه عند الكلام على المادة التاسعة والأربعين بعد الثلاثمائة.

ولا يجوز إشراكه وتوليته؛ لأن كل ذلك بيع، ولو قبض نصف المبيع دون النصف، فأشرك رجلًا لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض؛ لأن الإشراك نوع بيع، والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلًا له شرعًا فلم يصح في غير المقبوض، وصح في قدر المقبوض، وله الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه، ولا تجوز إجارته؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وملك المنفعة تابع لملك العين، ولا يجوز فيه تمليك العين، فلا يجوز تمليك المنفعة؛ ولأن الإجارة عقد يحتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه؛ ولأن ما روينا من النهي يتناول الإجارة؛ لأنها نوع بيع، وهو بيع المنفعة.

ويجوز إعتاقه بعوض وغير عوض، وكذا تدبيره، واستيلاده بأن كانت أمة فأقرَّ أنها كانت ولدت له؛ لأن جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة، وقد وجد بخلاف البيع فإن صحته تفتقر إلى ملك الرقبة واليد جميعًا؛ لافتقاره إلى التسليم، وكذا الإجارة بخلاف الإعتاق، والتدبير؛ ولأن المانع هو القبض، وبهذه التصرفات يصير قابضًا؛ ولأن الفساد لتمكن الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه، وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانفساخ، فلم يوجد فلزم الجواز بدليله، وهل تجوز كتابته؟ لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال: لا يجوز قياسًا على البيع؛ لأن كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والإقالة، وجائز أن يقال: يجوز فرقًا بينها وبين البيع؛ لأنها أوسع إضرارًا من البيع.

وروي عن أبي يوسف: إذا كاتبه المشتري قبل القبض فللبائع أن يبطله، فإن لم يبطله حتى نقد المشتري الثمن جازت الكتابة، ولو وهبه من البائع، فإن لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله؛ لأن الهبة لا تصح بدون القبول فإن قبله البائع لم تجز الهبة؛ لأنها تمليك المبيع قبل القبض، وأنه لا يجوز كالبيع، وانفسخ البيع بينهما، ويكون إقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع، وبين البيع منه، حيث جعل الهبة منه إقالة دون البيع منه.

وعليه فليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه؛ لما روي أن النبي ﷺ: « نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض »[1]، وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا، وقال مالك: يجوز؛ لأن النبي ﷺ خص الطعام بالذكر عند النهي، فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة، وحجتنا ما روي عن النبي ﷺ: « أنه نهى عن بيع ما لم يقبض »، وقال ﷺ لغياث بن أسد حين وجهه إلى مكة قاضيًا وأميرًا: « سر إلى أهل بيت الله، وانههم عن بيع ما لم يقبضوا ».

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم: (٢٠١٧)، ومسلم في الصحيح، حديث رقم: (١٥٢٦)، والحديث صححه مسلم.

وكلمة (ما) للتعميم فيما لا يعقل، ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، قال اللَّه تعالى: ﴿ فَلَا تَظۡلِمُواْ فِيهِنَّ أَنفُسَكُمۡ ﴾ [التوبة: ٣٦]، وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك في غير الأشهر الحرم، كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس ﷺ، وقال بعد روايته: وأحسب كل شيء مثله، والكلام في هذه المسألة ينبني على أصل، وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض، وعندنا: يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام، فلتوهم الغرر في الملك المطلق للتصرف قلنا: لا يجوز تصرفه قبل القبض، أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع إياه لحقه، والإجارة في ذلك كله كالبيع.

وأمَّا الهبة والصدقة في المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف، وقال محمد - رحمه اللَّه -: كل تصرف لا يتم إلا بالقبض، فذلك جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فيقبضه؛ لأن تمام العقد لا يكون إلا بالقبض، والمانع زائد عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه ملزم بنفسه، وقاس بهبة الدَّين من غير من عليه الدَّين، فإنه يجوز إذا سلطه على قبضه بخلاف البيع، وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذًا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز؛ لأنه تمليك لعين مالكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أَوْلَى؛ لأن الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة، ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره، ألا ترى أنه لا ينفذ البيع فيه وإن أجازه البائع؟ فكان هذا بمنزلة عين مملوكة أيضًا كالصيد في الهواء، وذلك لا يجوز إيجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله.

ثانيًا: بيع المشتري العقار قبل قبضه:

وقد ذكرنا أن القبض شرط لصحة البيع، ولكن أجاز الإمام وأبو يوسف بيع العقار قبل قبضه استحسانًا، والقياس ألا يجوز، وهو رأي محمد وزفر والشافعي - رحمهم اللَّه - واحتجوا بعموم النهي الذي روينا؛ ولأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا، ولا قدرة إلا بتسليم الثمن، وفيه غرر، ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص، ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا، أو نحمله على المنقول توفيقًا بين الدلائل، صيانةً لها عن التناقض.

ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة، والامتناع لعارض الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه، ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر

فبقي بيعه على حكم الأصل، وكما لا يجوز بيع المشتري المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الأجرة المنقولة قبل القبض إذا كانت عينًا، وبدل الصلح المنقول إذا كان عينًا، والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والأجرة.

وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد؛ وفقه هذا الأصل ما ذكرنا: أن الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل المضاف إلى المحل، والفساد بعارض غرر الانفساخ، ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات؛ لأنها لا تحتمل الفسخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملًا بالأصل، وأنه واجب.

وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض؛ لأن معنى الغرر لا يتقرر فيه؛ ولأن الوارث خلف الميت في ملك الموروث، وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، فكأن المورث قائم، ولو كان قائمًا لجاز تصرفه فيه فكذا الوارث، وكذلك الموصى به بأن أوصى إلى إنسان بشيء، ثم مات الموصي، فللموصى له أن يتصرف قبل القبض؛ لأن الوصية أخت الميراث، ويجوز التصرف في الميراث قبل القبض، فكذا في الموصى به.

وأمَّا بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض، فينظر إن كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء إذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض، سواء كان منقولًا، أو غير منقول؛ لأن القسمة في مثله إفراز، وإن كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالأشياء المختلفة، والرقيق - على قول أبي حنيفة - لا يجوز بيعه قبل القبض إن كان منقولًا، وإن كان عقارًا فعلى الاختلاف الذي ذكرنا؛ لأن قسمة هذه الأشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٤٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة (الطبعة التمهيدية)، ونصها: « لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه، إلا إذا كان عقارًا لا يخشى هلاكه ».

وتوضيحها أن: بيع المشتري العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه من البائع، يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم الغرر؛ أي غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك لندرة هلاك العقار، وقال محمد: لا يجوز.

والتعبير بالصحة دون النفاذ واللزوم؛ لأن البيع يكون موقوفًا على نقد الثمن، أو رضا

البائع، وإلا فللبائع إبطال بيع المشتري، وكذا كل تصرف منه يقبل القبض، إذا فعله قبل القبض أو بعده، بغير إذن البائع؛ لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر؛ لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن.

أمَّا بيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض؛ ولأن فيه غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض، فيتعين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه، وذلك مفسد للعقد.

وكذلك العقار الذي يخشى هلاكه، بأن كان علوًّا أو على شط نهر، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه؛ فلا يصح اتفاقًا.

والأصل «كما في الفتح» أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه؛ كالمبيع في البيع، والأجرة إذا كانت عينًا في الإجارة، وبدل الصلح عن الدَّين إذا كان عينًا، فلا يجوز بيع شيء من ذلك، ولا أن يشرك فيه غيره.

وما لا ينفسخ بهلاك العوض، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر، وبدل الخلع، إذا كان كلٌّ منهما عينًا، يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وهذا القول لأبي يوسف.

وقال محمد: كل تصرف لا يتم إلا بالقبض، كالهبة، والصدقة، والرهن، والقرض فهو جائز؛ لأنه يكون نائبًا عنه، ثم يصير قابضًا لنفسه.

وعلى هذا فغير البيع من التصرفات التي لا تتم إلا بالقبض، كالهبة ونحوها، تجوز اتفاقًا لانتفاء على المنع[1].

***

● (مادة ٧٦): إذا استلم المشتري العين المبيعة - عقارًا كانت أو منقولًا - على أنها مملوكة للبائع، فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات، ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها[2].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم منع تصرف المشتري في العين التي اشتراها، عقارًا كانت أو منقولًا وقبضها مستحقها من استردادها بعد إثبات حقه فيها، وذلك بعد أن تكلم في

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة المادة (٤٢) (الطبعة التمهيدية).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وإذا قبض المشتري المبيع سواء كان عقارًا أو منقولًا على أنه مملوك للبائع، فله أن يتصرف فيه بأي تصرف أراد لأي شخص شاء، ومع هذا إذا ادعى غير البائع أنه يستحق المبيع وأثبت ذلك بالبينة نقض التصرف الذي صدر من المشتري، وسلم المبيع إلى مستحقه، وحينئذ يرجع المشتري على البائع بالثمن الذي سلمه له.

المادة السابقة عن تصرف المشتري في العين المباعة قبل قبضها إن كانت عقارًا أو منقولًا.

وتؤكد هذه المادة تمام عقد البيع، وترتب أحكامه جميعها عليه بعد تسلم المشتري العين المبيعة، وحقه في التصرف فيها بجميع هذه التصرفات، لكنها لا تمنع حقوق الغير المتعلقة بالعين، وفي هذا بعض التفصيل:

فلو اشترى بدرهم فلوسًا، وتقابضنا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده، وأخذها المستحق لا يبطل العقد؛ لأن بالاستحقاق، وإن انتقض القبض، والتحق بالعدم، فيصير كأن الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس، فهذا لا يوجب بطلان العقد، وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثلها، وكذلك إن استحق بعضها، وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا، وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل القدر المستحق، وكذلك إذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع؛ لأن قبض أحد البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقاء العقد على الصحة، وقد وجد قبض أحدهما، وهو الدراهم، ولو كان المشتري قبض الفلوس، ولم ينقد الدراهم، وافترقا ثم استحقت الفلوس، فالمستحق بالخيار إن شاء أجاز نقد البائع، فيجوز العقد؛ لأن الإجازة استندت إلى حالة العقد فجاز النقد والعقد، ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها، وينقد المشتري الدراهم لبائع الفلوس.

وإن شاء لم يجز، وأخذ الفلوس، وبطل العقد؛ لأنه لما لم يجز، وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم، فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلًا فبطل العقد، وكذلك لو استحق بعض الفلوس، فحكم البعض كحكم الكل، وقد ذكرناه، ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل العقد؛ لأنه ظهر أنهما تفرقا من غير قبض، وإن وجدها تروج في بعض التجارة، ولا تروج في البعض أو يأخذها البعض دون البعض، فحكمها حكم الدراهم الزائفة إن تجوز بها المشتري جاز؛ لأنها من جنس حقه أصلًا، وإن لم يتجوز بها فالقياس أن يبطل العقد في المردود قل أو كثر، وهو قول زفر، وعند أبي يوسف ومحمد: إن لم يستبدل في مجلس الرد يبطل، وإن استبدل لا يبطل، وعند أبي حنيفة إن كان قليلًا فاستبدل لا يبطل، وإن كان كثيرًا يبطل على ما ذكرنا في السلم، والله ﷻ أعلم[1].

ومنها أنه إذا اشترى عبدًا، ثم ظهر له مستحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه يثبت بها الملك من الأصل فيتعدى إلى الكل ولو أقرَّ به المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع؛ لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر،

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٤٣.

وقد اندفعت الضرورة بإثباته فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالرجوع بالثمن على البائع.

لو تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه بيعًا أو هبة، ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف؛ لأن تصرف المشتري بعد القبض بإذن البائع كتصرفه، وإن كان قبضه بعد نقد الثمن بلا إذن البائع وتصرف فيه، ثم وجد الثمن كذلك ينقض من التصرفات ما يحتمل النقض ولا ينقض ما لا يحتمل النقض، وما يحتمل النقض كالبيع والهبة وما لا يحتمله كالعتق وفروعه.

وإن شرى شيئين فقبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما قبل قبضهما، فلو استحق أو تعيب أحدهما خُيِّر، وهو - أي خيار العيب - بعد رؤية العيب على التراخي على المعتمد[١].

حاصل ما ذكرنا ما في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي: لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق، ويخير المشتري في الباقي سواء أورث الاستحقاق عيبًا في الباقي أو لا؛ لتفرق الصفقة قبل التمام، وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير لما مر من التفرق، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم لو أورث الاستحقاق عيبًا فيما بقي يخير المشتري، ولو لم يورث عيبًا فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما، أو كيلي أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعيضه، فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار[٢].

وفي النهر عن العناية: حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور، يعني فيما يكال ويوزن وغيرهما، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون[٣].

وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه، كإعارة وإجارة وغصب، ووقع في يد بائعه فهو متاركة للبيع وبرئ المشتري من ضمانه قنية.

والأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى اعتبر واصلًا بجهة مستحقه إن وصل إليه من المستحق عليه، وإلا فلا، وتمامه في جامع الفصولين.

فإن باعه - أي باع المشتري المشترى فاسدًا - بيعًا صحيحًا باتًّا، فلو فاسدًا أو بخيار لم يمتنع الفسخ لغير بائعه، فلو منه كان نقضًا للأول كما علمت، وفساده بغير الإكراه، فلو به ينقض كل تصرفات المشتري أو وهبه وسلم أو أعتقه أو كاتبه أو استولدها ولو لم تحبل ردَّها مع عقرها اتفاقًا بعد قبضه، فلو قبله لم يعتق بعتقه بل بعتق البائع بأمره، وكذا لو أمره بطحن

(١ - ٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٣٣.

الحنطة أو ذبح الشاة، فيصير المشتري قابضًا اقتضاء فقد ملك المأمور ما لا يملكه الآمر.

ولو رهنه أو أوصى أو تصدق به نفذ البيع الفاسد في جميع ما مر، وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به، وكذا كل تصرف قولي غير إجارة ونكاح، وهل يبطل نكاح الأمة بالفسخ، المختار: نعم، ومتى زال المانع كرجوع هبة، وعجز مكاتب، وفك رهن عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما فيخلفه الوارث، به يفتى، وبعد الفسخ لا يأخذه بائعه حتى يرد ثمنه المنقود، بخلاف ما لو شرى من مديونه بدينه شراءً فاسدًا فليس للمشتري حبسه لاستيفاء دينه كإجارة ورهن وعقد صحيح.

فإن مات أحدهما أو المؤجر أو المستقرض أو الراهن فاسدًا بعد الفسخ، فالمشتري ونحوه أحق به من سائر الغرماء، بل قبل تجهيزه، فله حق حبسه حتى يأخذ ماله فيأخذ المشتري دراهم الثمن بعينها لو قائمة، ومثلها لو هالكة بناء على تعين الدراهم في البيع الفاسد، وهو الأصح، وإنما طاب للبائع ما ربح في الثمن؛ لأن الثمن في العقد الثاني غير متعين، ولا يضر تعيينه في الأول.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الهبة[1]

● (مادة ٧٧) : الهبة تمليك العين بلا عوض، وقد تكون[2]........................

(١) تكلم المؤلف في كتابه : « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » عن الهبة بشيء من التفصيل من المادة (٤٩٩) حتى المادة (٥٢٨)، ٣/ ١٢١١ - ١٢٧٧، ط. دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، بتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرحه لهذه المادة: تنقسم العقود الناقلة للملك إلى أربعة أقسام؛ لأن العقد إما أن يرد على نفس الشيء أو على المنفعة، وعلى كلٍّ فإما أن يكون بعوض أو بغير عوض.

فإن ورد على نفس الشيء بعوض يسمى بيعًا.

وإن ورد على نفس الشيء بغير عوض يسمى هبة.

وإن ورد على المنفعة بعوض سمي إجارة.

وإن ورد على المنفعة بغير عوض يسمى إعارة.

وتعريف الهبة في اللغة: التبرع والتفضل على الغير بما يعود عليه بالمنفعة مطلقًا، سواء كان مالًا أو غيره بدليل قوله تعالى حكاية عن سيدنا زكريا ﷺ: ﴿ فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴾ [مريم:٥]، وقوله جل شأنه: ﴿ وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَٰنَ ۚ نِعْمَ ٱلْعَبْدُ ۖ إِنَّهُۥٓ أَوَّابٌ ﴾ [ص: ٣٠].

وفي اصطلاح الفقهاء هي: تمليك مال لآخر مجانًا، فيخرج:

أولًا: ما ليس بتمليك، كالإباحة بأن أذن شخص لآخر بالأكل من مائدته فإن أذنه يعتبر إباحة لا تمليكًا.

ثانيًا: ما هو تمليك ولكنه واقع على المنفعة لا العين، فإن هذا لا يسمى هبة، بل إن كان بعوض فهو إجارة، وإن كان بغير عوض فهو إعارة.

ثالثًا: تمليك العين بعد الموت، فإنه وصية كما سيأتي.

رابعًا: تمليك العين بعوض، فإنه بيع لا هبة.

ولا يرد على ذلك الهبة بشرط العوض؛ لأن معنى قولنا: « تمليك العين مجانًا » أن العوض ليس بشرط في صحة الهبة.

وينبني على ذلك: أنها تارة تكون بغير عوض، وتارة تكون بعوض، على أن الظاهر أن الهبة بشرط العوض تكون بيعًا ابتداءً وانتهاءً.

وحكمة مشروعية الهبة: التواد والتحاب، وإزالة شح النفس المشار إلى ذمه بقوله تعالى: ﴿ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴾ [الحشر: ٩]، ولذلك قال ﷺ: « تهادوا تحابوا ».

ركن الهبة: الركن هو ما كان داخلًا في حقيقة الشيء، وتوقف وجود ذلك الشيء عليه.

فركن الهبة اثنان: الإيجاب والقبول.

فالإيجاب: هو ما صدر أولًا من كلام أحد المتعاقدين.

والقبول: هو ما صدر ثانيًا من كلام الآخر.

وليس لهما عبارة خاصة بهما، بل تصح الهبة بكل عبارة تفيد ملك العين في الحال بلا عوض، مثل: وهبت لك، وأعطيتك، وملكتك بلا عوض كذا.

بعوض[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تملك العين بلا عوضٍ وبعوض في الهبة، وذلك في بداية حديثه في الفصل الخاص بها، ونبدأ بتعريف الهبة في اللغة، فنقول: أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء، كالوعد والعدة والوعظ والعظة، فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها، ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، سواء كان مالًا أو غير مال، يقال: وهب له مالًا وهبًا وهبة، ويقال: وهب اللّٰه فلانًا ولدًا صالحًا، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنۡ ءَالِ يَعۡقُوبَ ﴾ [مريم: ٥، ٦] ويقال: وهبه مالًا ولا يقال: وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة، والجمع هبات ومواهب، واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة، كذا في معراج الدراية وغيره[٢].

وهي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقًا، قال اللّٰه تعالى: ﴿ فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا ﴾، وقال تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثٗا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾ [الشورى: ٤٩]، وهي من صفات الكمال، فإن اللّٰه تعالى وصف بها نفسه بقوله ﷻ: ﴿ إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡوَهَّابُ ﴾ [آل عمران: ٨]. والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم، وإزالة شح النفس، وإدخال السرور في قلب الموهوب له، وإيراث المودة والمحبة بينهما، وإزالة الضغينة والحسد، ولهذا من باشرها كان من المفلحين، قال اللّٰه تعالى: ﴿ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفۡسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ﴾ [الحشر: ٩]، وهي مشروعة مندوب إليها بالإجماع[٣].

وفي الاصطلاح: هي تمليك العين بلا عوض، أي بلا شرط عوض لصحتها.

فالمعنى أن الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض، فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا: خرج بقولنا: بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض، ثم أقول: بقي في التعريف المزبور شيء، وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضًا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعًا عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيد في الحال، فقالوا: هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال[٤].

---

(١) مذهب المالكية: انظر: كتاب منح الجليل: ٨/ ١٧٣.

مذهب الحنابلة: انظر: كتاب: كشاف القناع: ٤/ ٢٩٨، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٤٣١.

(٢) فتح القدير: ٩/ ١٩.

(٣) تبيين الحقائق: ٥/ ٩١.

(٤) فتح القدير: ٩/ ١٩.

وأما الهبة بشرط العوض، فنقول: العوض نوعان: متأخر عن العقد، ومشروط في العقد، أمَّا العوض المتأخر عن العقد، فالكلام فيه يقع في موضعين: أحدهما: في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضًا، والثاني: في بيان ماهية هذا التعويض.

أمَّا الأول؛ فله شرائط ثلاثة:

الأول: مقابلة العوض بالهبة، وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول: هذا عوض من هبتك، أو: بدل عن هبتك، أو: مكان هبتك، أو: نحلتك هذا عن هبتك، أو: تصدقت بهذا بدلًا عن هبتك، أو: كافأتك أو جازيتك أو أثبتك، وما يجري هذا المجرى؛ لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة.

حتى لو وهب لإنسان شيئًا وقبضه الموهوب له، ثم إن الموهوب له أيضًا وهب شيئًا للواهب ولم يقل: هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضًا، بل كان هبة مبتدأة، ولكل واحد منهما حق الرجوع؛ لأنه لم يجعل الباقي مقابلًا بالأول؛ لانعدام ما يدل على المقابلة، فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع.

والثاني: ألا يكون العوض في العقد مملوكًا بذلك العقد، حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضًا، وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه، فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضًا؛ لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادةً، إذ لو كان مقصوده لأمسكه ولم يهبه، فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد، فلا يبطل حق الرجوع، وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرًا يمنع الرجوع، فإن بعض الموهوب يكون عوضًا عن الباقي؛ لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضًا، هذا إذا وهب شيئًا واحدًا أو شيئين في عقد واحد، فأما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه، قال أبو حنيفة: يكون عوضًا، وقال أبو يوسف: لا يكون عوضًا.

وجه قول أبي يوسف أن حق الرجوع ثابت في غير ما عوض؛ لأنه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعًا، فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعًا، فلا يقع موقع العوض بخلاف ما إذا تغير الموهوب، فجعل بعضه عوضًا عن الباقي أنه يجوز وكان ملكًا عوضًا؛ لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير، فجاز أن يقع موقع العوض.

وجه قولهما: أنهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضًا عن الآخر، وهذا لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى؛ لأن الإنسان قد يهب

شيئًا ثم يبدو له الرجوع، فصار الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين أخرى، بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي، وهو على حاله التي وقع عليها العقد؛ لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب؛ فإن الإنسان لا يهب شيئًا ليسلم له بعضه عوضًا عن باقيه.

والثالث: سلامة العوض للواهب، فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضًا، وله أن يرجع في الهبة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح فكأنه لم يعوض أصلًا، فله أن يرجع إن كان الموهوب قائمًا بعينه لم يهلك، ولم يزدد خيرًا ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع، فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه، كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض، وكذا إذا ازداد خيرًا لم يضمن كما قبل التعويض، وإن استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب، وإن شاء رد ما بقي من العوض، ويرجع في كل الموهوب إن كان قائمًا في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع؛ وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض.

وأمَّا سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض، حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض؛ لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة، فإذا استحق الموهوب تبين أن حق الرجوع لم يكن ثابتًا، فصار كمن صالح عن دين، ثم تبين أنه لا دين عليه، وكذلك لو استحق نصف الموهوب، فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة؛ لأنه إنما جعل عوضًا عن حق الرجوع في جميع الهبة، فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره، سواء زاد العوض أو نقص في السعر، أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان، كذا روي عن محمد في الإملاء، وإنما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض؛ لأنه تبين له أنه قبضه بغير حق، فصار كالمقبوض بعقد فاسد، فيثبت الفسخ في الزوائد.

وإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك؛ لأن العوض لم يكن مشروطًا في العقد، بل هو متأخر عنه، والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة، بل هو لإسقاط الرجوع، وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض، فإن كان العوض مستهلكًا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض، وإن استحق كل الهبة، والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض، كذا ذكر في الأصل من غير خلاف، وهو إحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهم اللَّه - وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئًا، وهو قول أبي يوسف.

وجه رواية الأصل: أن القبض في العوض ما وقع مجانًا، وإنما وقع مبطلًا حق الرجوع في الأول، فإن لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضمونًا، فكما يرجع بعينه لو كان قائمًا يرجع بقيمته إذا هلك.

وجه الرواية الأخرى: أن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك، هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئًا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه.

فأمَّا إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما، بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة؛ فإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض.

الثاني: بيان ماهيته، فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة، ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع، على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى، ولا يثبت في الثانية.

فأما فيما وراء ذلك، فهو في حكم هبة مبتدأة؛ لأنه تبرع بتمليك العين للحال، وهذا معنى الهبة إلا أنه تبرع به؛ ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الأولى، فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع في الهبة الأولى، ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبًا فاحشًا لم يكن له أن يرده ويرجع في العوض، وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبًا لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة؛ لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات، والعوض إذا لم يكن مشروطًا في العقد لم يكن عوضًا على الحقيقة، بل كان هبة مبتدأة، ولا يظهر معنى العوض فيه إلا في إسقاط الرجوع خاصة، فإذا قبض الواهب العوض، فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه.

أمَّا الواهب؛ فلأنه قد سلم له العوض عن الهبة، وإنه يمنع الرجوع.

وأما الموهوب له؛ فلأنه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها »[1]، وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره، لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، حديث رقم: (١١٨٠٤)، ٦/ ١٨١، الدارقطني في السنن، حديث رقم: (١٨١)، ٣/ ٤٤.

أما الواهب فإنما لم يرجع في هبته؛ لأن الأجنبي لما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه، ولو عوض بنفسه لم يرجع، فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره، وإن عوض بغير أمره، فقد تبرع بإسقاط الحق عنه، والتبرع بإسقاط الحق عن الغير جائز، كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها.

وأما المعوض، فإنه لا يرجع على الواهب؛ لأن مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له، وإسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك، فلا يرجع على الموهوب له، أما إذا كان بغير أمره؛ فلأنه تبرع بإسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونًا عليه.

وأما إذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضًا، إلا إذا قال له: عوض عني على أني ضامن؛ لأنه إذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه، بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر، إلا بشرط الضمان، وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني، أو: أد زكاتي، ففعل لا يرجع بذلك على الآمر إلا أن يقول له: على أني ضامن؛ لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه، بخلاف ما إذا أمره غيره بقضاء الدين، فقضاه أنه يرجع على الآمر، وإن لم يقل: على أني ضامن نصًّا؛ لأن قضاء الدين مضمون على الآمر، فإذا أمره به فقد ضمن له، ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضًا عن نصفها؛ وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه؛ لأن حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ، ألا ترى أنه لو رجع في نصف الهبة ابتداءً دون النصف جاز؟ فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق؛ لأن ذلك مما لا يتجزأ فكان إسقاط الحق عن البعض إسقاطًا عن الكل.

وأمَّا العوض المشروط في العقد فإن قال: وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، وربما عبروا أنه هبة ابتداء بيع انتهاء، حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم، ولا يثبت الملك في كل واحد منهما ما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته، ما لم يقبضا، وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعًا، ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة إذا كان غير منقول، وقال زفر - رحمه اللَّه - عقده عقد بيع ابتداءً وانتهاءً وتثبت فيه أحكام البيع، فلا يبطل بالشيوع، ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض، ولا يملكان الرجوع.

وجه قول زفر: أن معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك.

وللثلاثة أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع، فيعطى شبه العقدين، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملًا يشبه الهبة، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملًا يشبه البيع، عملًا بالدليلين بقدر الإمكان[١].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٣٥١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، ونصها: « الهبة: تمليك المال بلا عوض ».

وتوضيحها أن: الهبة تمليك المال بلا شرط عوض، لا أن عدم العوض شرط فيه، فإن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء، فتثبت الشفعة والخيار، وقد يقال في التعريف: تمليك العين والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف إليه؛ لأن العين التي ليست بمال لا تملك، والمراد بالتمليك التمليك في الحال؛ لأن قوله: وهبت لإنشاء الهبة حالًا كبعت.

***

(مادة ٧٨) : يشترط في صحة الهبة أن يكون الواهب حرًّا بالغًا عاقلًا مالكًا للعين التي يتبرع بها غير محجور[٢]..

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١٣٠.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرحه هذه المادة: شروط الهبة: الشروط جمع شرط، وهو: ما كان خارجًا عن حقيقة الشيء وتوقفت صحة ذلك عليه.

وهي تنقسم إلى أربعة أقسام:

- قسم يتعلق بركنها.
- وقسم يتعلق بالواهب.
- وقسم يتعلق بالموهوب له.
- وقسم يتعلق بالعين الموهوبة.

فشرط ركنها:

- ألا يكون معلقًا على شرط غير كائن؛ فإن علق على محقق صحت الهبة.
- وألا يكون مضافًا إلى زمن مستقبل، كما إذا قال شخص: وهبت لك كذا غدًا، فإنها لا تصح.

ويشترط في الواهب أمر واحد على الإجمال:

وهو: أن يكون أهلًا للتبرع، وخمسة على التفصيل؛ وهي:

أولًا: أن يكون حرًّا، فلا تصح هبة الرقيق؛ لأنه وما في يده لسيده.

ثانيًا: أن يكون بالغًا، فلا تصح هبة الصبي مطلقًا سواء كان غير مميز أو مميزًا، أما إذا كان غير مميز فظاهر؛ لأن جميع عقوده باطلة لعدم عقله، وأما إذا كان مميزًا؛ فلأن تصرفاته المضرة ضررًا محضًا غير جائزة، ولا تقبل الإجازة أصلًا؛ لأجل=

عليه[1].

تناول المؤلف في هذه المادة الشروط الواجب توافرها في الواهب، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تملك العين بلا عوض، وتملكها بعوض في الهبة.

والهبة باعتبارها تمليك الأعيان بلا عوض عقد من عقود التبرعات، وعليه فلا بد للواهب أن يكون ممن يملك التبرع، فلا يملكها من لا يملك التبرع؛ وهو أن يكون الواهب عاقلًا بالغًا حرًّا مالكًا للعين الموهوبة غير محجور عليه، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضررًا محضًا لا يقابله نفع دنيوي، فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن المتبرع بمال الصغير لا يملك قربان ماله إلا على وجه الأحسن؛ ولأنه لا يقابله نفع دنيوي، وقد قال اللَّه عز شأنه: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام: ١٥٢]؛ ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررًا محضًا، وترك المرحمة في حق الصغير، فلا يدخل تحت ولاية الولي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، وقوله عليه الصلاة والسلام: « من لا يرحم صغيرنا فليس منا »، ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة.

وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما اللَّه - وقال محمد - رحمه اللَّه -: يجوز، وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض، وعنده: يجوز بشرط العوض، والأصل عندهما: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة، لا بعوض ولا بغير عوض، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض[2].

وجه قول محمد: أن الهبة تمليك، فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكًا بعوض،

= المحافظة على أمواله.

ثالثًا: أن يكون عاقلًا، فلا تصح هبة المجنون؛ لأن جميع تصرفاته باطلة، كما في الصبي الغير المميز.

رابعًا: أن يكون مالكًا للعين الموهوبة، فلا تنفذ هبة الفضولي؛ بل يتوقف نفاذها على إجازة المالك، ولا تصح هبة الولي ولا الوصي من مال الصغير؛ لأنه يلزم أن يكون تصرفهما في مال الصغير، بما يعود عليه بالمنفعة.

خامسًا: ألا يكون محجورًا عليه لسفه؛ لأن السفيه حكمه حكم الصبي المميز، وقد تقدم، ولا لدين؛ لتعلق حق الدائنين بماله، فإن أجازوها صح، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة، وكان الواهب مستوفيًا الشرائط المتقدمة صحت هبته مطلقًا؛ سواء أجازها الدائنون أو لم يجيزوها، إذا كانت لا تؤثر في حق الدائنين.

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/ ٣، مطالب أولي النهى: ٤/ ٣٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٦/ ١١٩.

وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك.

ولهما أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعًا ابتداءً، ثم تصير بيعًا في الانتهاء بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيعًا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه، فدل أنها وقعت تبرعًا ابتداءً، وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها، فلا يتصور أن تصير بيعًا بعد ذلك[1].

***

(مادة ٧٩) : إذا كان المالك أهلًا للتبرع، ولم يكن محجورًا عليه بدين أو سفه جاز له أن يهب وهو في حال صحته كل ماله أو بعضه لمن[2] يشاء[3].

تناول المؤلف في هذه المادة هبة من هو أهل للتبرع بكل ماله أو بعضه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الشروط الواجب توافرها في الواهب.

وقد ذكرنا أن الانسان إذا كان أهلًا للتبرع بكونه حرًّا عاقلًا بالغًا مالكًا للعين الموهوبة ملكًا تامًّا، غير محجور عليه بدين أو مرض؛ كان له أن يتصرف في أمواله كما يشاء، فله أن يبيعها وأن يهبها وأن يؤجرها وأن يعيرها أو يرهنها، وعليه فيجوز له أن يهب كل أمواله أو بعضها لمن يشاء، وهذا إذا لم يكن مريضًا، فإن كان مريضًا فلا تجوز هبة المريض، ولا صدقته إلا مقبوضة فإذا قبضت جازت.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز غير مقبوضة؛ لأنها وصية، بدليل أنها تعتبر من الثلث، فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض، ولا تبطل به، فكذلك الهبة في المرض؛ وهذا لأن المرض سبب الموت، وجعل ما يباشره المريض في الحكم كالثابت بعد موته، حتى لو طلق زوجته ثلاثًا، ورثته بمنزلة ما لو وقعت الفرقة بينهما بالموت، فهذا مثله.

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١١٩.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرحه هذه المادة: إذا كان الواهب مستوفيًا جميع الشرائط بأن كان أهلًا للتبرع ولم يكن محجورًا عليه لسفه أو دين جاز له وهو في حال الصحة أن يهب جميع ماله أو جزءًا منه؛ لأن المالك له حق التصرف في ماله بما يريد، ولكن يرد على هبة جميع المال إنه إسراف، فيظهر من هذا أن الهبة تبطل خصوصًا على مذهب محمد القاضي بثبوت الحجر بمجرد السفه ولو قبل الحكم، ولهذا صرح بعض المحققين بأن هبة جميع المال لبعض الورثة لاغية، فتقسم تركته على جميع الورثة.

ويفهم من هذا نقضها بالأولى بالنسبة للأجنبي؛ لأن القريب في الغالب ينفق على قريبه، بخلاف الأجنبي، ولكن لم نر نصًّا صريحًا يفيد نقض الهبة في هذه الحالة، فابحث لعلك تقف.

(٣) انظر : شرح مختصر خليل : ٧/ ١٠٨، الأم : ٤/ ١١٠، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٤٤٣.

ولكنا نقول: المعنى الذي له ولأجله لا تتم الهبة والصدقة من الصحيح إلا بالقبض موجود في حق المريض، وهو أنه تمليك بعقد تبرع، فيكون ضعيفًا في نفسه لا يفيد حكمه، حتى ينضم إليه ما يؤيده، وهذا في حق المريض أظهر؛ لأن تصرفه أضعف من تصرف الصحيح، واعتباره من الثلث لا يدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالته، فإعتاقه، وهذا بخلاف الوصية، فإنها خلافة ثم الملك من ثمراتها، والخلافة لا تكون إلا بعد الموت، وهذا عقد تمليك، لا يحتمل الإضافة، فإذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت، كالبيع الموقوف، إذا لم يتصل به الإجازة حتى مات أحدهما.

فإن كانت الهبة دارًا فقبضها، ثم مات ولا مال له غيرها، جازت الهبة في ثلثها، وردَّ الثلثين إلى الورثة.

***

❁ (مادة ٨٠) : لا يثبت ملك العين للموهوب له إلا[1] إذا قبض العين الموهوبة قبضًا كاملًا في محوز مقسوم، أو مشاع لا يحتمل[2] القسمة[3].

تناول المؤلف في هذه المادة اشتراط القبض في ثبوت ملكية العين الموهوبة، إذا كانت في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن هبة من هو أهل للتبرع بكل ماله أو بعضه.

---

(١) « إلا » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) تناول الشيخ محمد زيد الإبياني حكم الهبة فذكر أنه متى صدرت الهبة مستوفية شرائطها ترتب عليها إفادة ملك الموهوب له العين الموهوبة بالقبض الكامل ملكًا غير لازم؛ ولذا صح الرجوع فيها من الواهب، وإن كره تحريمًا فمجرد الإيجاب والقبول لا يفيد الملك؛ لأنها عقد ضعيف؛ ولذلك قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، أي: لا تملك إلا بعد القبض، فالمراد نفي الملك قبل القبض لا نفي الجواز، ويشهد لذلك قول أبي بكر الصديق للسيدة عائشة، وهو مريض مرض الموت: كنت نحلتك جذاذًا عشرين وَسْقًا، مما كان لي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حُزتيه، وإنما هو مال للورثة.

ولا يكون القبض معتبرًا إلَّا إذا كان بإذن الواهب صراحة، كأن يقول: وهبتك هذا الفرس فخُذْه، أو دلالة بأن أخذ الموهوب إليه العين الموهوبة بحضور الواهب بعد الإيجاب والقبول ولم ينهه عن أخذها.

فإن قبضها بعد النهي عن الأخذ فلا يكون القبض معتبرًا، وقال الإمام مالك وابن أبي ليلى بثبوت الملك في العين الموهوبة للموهوب له، ولو لم يقبضها مثل المشتري، فإنه يملك ما اشتراه ولو لم يقبضه.

(٣) جاء في الاختيار لتعليل المختار: « وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، وفيما يقسم لا تجوز؛ لأن القبض شرط في الهبة، وإنه غير ممكن في المشاع، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه، فيكون إضرارًا به، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص، ويكتفي به ضرورة، ولا يلزم ضرر الإجبار القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة، قلنا: المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها؛ لأن الهبة صادفت العين لا المنافع، قال: فإن قسم وسلم صحت ».

والقاعدة : أن الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا.

وقال مالك - رحمه اللَّه تعالى - يثبت؛ لأنه عقد تمليك، فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد البيع، بل أولى؛ لأن هناك الحاجة إلى إثبات الملك من الجانبين، فمن جانب واحد أَوْلَى، وحجتنا في ذلك ما روي عن النبي ﷺ: **« لا تجوز الهبة إلَّا مقبوضة »** معناه: لا يثبت الحكم، وهو الملك؛ إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق، والصحابة اتفقوا على هذا؛ ولأن هذا عقد تبرع، فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، وتأثيره: أن عقد التبرع ضعيف في نفسه؛ ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم.

والملك الثابت للواهب كان قويًّا، فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به، وهو تسليمه في الهبة؛ لإزالة يده عنه بعد إيجاب عقد التمليك لغيره، يوضحه أن له في ماله ملك العين وملك اليد، فتبرعه بإزالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق ما لم يتبرع به عليه، وهو اليد، ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب على الواهب تسليمه إليه، وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات.

والصدقة كالهبة عندنا في أنه لا يوجب الملك للمتصدق عليه إلا بالقبض، خلافًا لمالك - رحمه اللَّه - وفي الصدقة خلاف بين الصحابة ومن بعدهم - رضي اللَّه تعالى عنهم - وكان علي وابن مسعود - رضي اللَّه عنهما - يقولان: إذا أعلمت الصدقة جازت، وكان ابن عباس ومعاذ - رضي اللَّه عنهم - يقولان: لا تجوز الصدقة إلَّا مقبوضة.

وعن شريح وإبراهيم النخعي - رحمهما اللَّه تعالى - فيه روايتان ذكرهما في الكتاب، فأخذنا بحديث ابن عباس - رضي اللَّه عنهما - وحملنا قول علي وعبد اللَّه بن مسعود - رضي اللَّه عنهما - على صدقة الرجل على ولده الصغير، وذلك بالإعلام يتم؛ لأنه يصير قابضًا له، والأصل فيه قوله ﷺ: **« يقول ابن آدم: مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت »**، وما سوى ذلك فهو مال الوارث، فقد شرط النبي ﷺ الإمضاء في الصدقة، وذلك بالقبض يكون.

وكذلك يشترط أن تكون العين الموهوبة محوزة، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم، كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه اللَّه - ليس بشرط، وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده، واحتج بظاهر قوله ﷻ: ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، أوجب ﷻ نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول، إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدَّين

والمشاع والمقسوم، فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة، وبما روي عن رسول اللَّه ﷺ، أنه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات، فقام ﷺ إلى سنام بعير وأخذ منه وبرة، ثم قال: « **أما إني لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة إلا الخمس، والخمس مردود فيكم، ردوا الخيط والمخيط فإن الغلول عار وشنار على صاحبه إلى يوم القيامة** »، فجاء أعرابي بكبة من شعر، فقال: أخذتها لأصلح بها بردعة بعيري يا رسول اللَّه، فقال: « **أما نصيبي فهو لك وسأسلمك الباقي** »[1] وهذا هبة المشاع فيما يقسم.

وروي أن رسول اللَّه ﷺ نزل على أبي أيوب الأنصاري ﷺ فنظر إلى موضع المسجد، فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه، فاستباع أسعد نصيبهما؛ ليهب الكل من رسول اللَّه ﷺ فأبيا ذلك، فوهب أسعد نصيبه من النبي ﷺ، فوهبا أيضًا نصيبهما من رسول اللَّه ﷺ، فقد قبل النبي ﷺ الهبة في نصيب أسعد، وقبل في نصيب الرجلين أيضًا، ولو لم يكن جائزًا لما قبل؛ لأن أدنى حال فعل النبي ﷺ الجواز؛ ولأن الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه؛ لأن حكم الهبة الملك، والشياع لا يمنع الملك، ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع، وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم، وشرطه هو القبض، والشيوع لا يمنع القبض؛ لأنه يحصل قابضًا للنصف المشاع بتخلية الكل، ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم، وإن كان القبض فيها شرطًا لثبوت الملك كذا هذا.

ولنا إجماع الصحابة - رضي اللَّه عنهم - فإنه روي أن أبا بكر قال في مرض موته لعائشة - رضي اللَّه عنها -: إن أحب الناس إلي غنًى أنت، وأعزهم علي فقرًا أنت، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا جذيتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث، فاعتبر الصديق ﷺ القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك؛ لأن الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز، وهذا معنى القسمة؛ لأن الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة، والقسمة تجمع كل نصيب في حيز.

وروي عن عمر ﷺ قال: ما بال أحدكم ينحل ولده نحلًا لا يحوزها ولا يقسمها، ويقول: إن مت فهو له، وإن مات رجعت إليَّ، وايم اللَّه! لا ينحل أحدكم ولده نحلًا لا يحوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثًا لورثته.

والمراد من الحيازة القبض هنا؛ لأنه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند، حديث رقم: (٢٢٨٤٧)، ٥/ ٣٣٠، وقال عنه الشيخ شعيب الأرنؤوط: حديث حسن، وهذا إسناد ضعيف.

أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة.

وروي عن علي ﷺ أنه قال: من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم، وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول اللَّه، ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعًا؛ ولأن القبض شرط جواز هذا العقد، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعًا، ولبس نصف الثوب شائعًا محال، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل؛ لأن العقد لم يتناول الكل، وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم أن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا، إلا أن هناك ضرورة؛ لأنه يحتاج إلى هبة بعضه، ولا حكم للهبة بدون القبض، والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة، فمست الضرورة إلى الجواز، وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكّن من التصرف، ولا ضرورة هنا؛ لأن المحل محتمل للقسمة، فيمكن إزالة المانع من القبض بالقسمة.

أو نقول: الصحابة - رضي اللَّه عنهم - شرطوا القبض المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وقبض المشاع قبض قاصر؛ لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينًا، إلا أنه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا، ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال في القبض، ولا يوجد في المشاع.

وأما الآية فلا حجة فيها؛ لأن المراد من المفروض الدَّين لا العين، ألا ترى أنه قال: ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾؟ والعفو إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل، وكذا الغالب في المهر أن يكون دينًا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز؛ لأنه إسقاط الدين عنه وأنه جائز في المشاع.

وأما حديث الكبة فيحتمل أن النبي ﷺ وهب نصيبه منه، واستوهب البقية من أصحاب الحقوق، فوهبوا وسلموا الكل جملة، وفي الحديث ما يدل عليه؛ فإنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ: « وسأسلمك الباقي »، وما كان هو ﷺ ليخلف في وعده، وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى؛ لأن كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلًّا منهم إلا نزر حقير لا ينتفع به، فكان في معنى مشاع لا ينقسم.

وأما حديث أسعد بن زرارة، فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه، وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا، ويحتمل أن الأنصباء كانت مقسومة مفرزة، ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة

أنها تضاف إليهم، وإن كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه، فلا يكون حجة مع الاحتمال؛ لأن حكاية الحال لا عموم له، ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز؛لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح؛ إذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك، ولا سائر الشرائط إلا القبض الممكِّن من التصرف، فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ.

وحديث الصديق ﷺ لا يدل عليه، فإنه قال لعائشة - رضي اللّٰه عنها -: إني كنت نحلتك جذاذًا عشرين وَسْقًا من مالي، وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم؛ لأن النحل من ألفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق ﷺ؛ لأنه ما كان ليعقد عقدًا باطلًا، فدل قول الصديق ﷺ على انعقاد العقد في نفسه، وتوقف حكمه على القسمة والقبض.

***

(مادة ٨١) : إذا كان الموهوب مشاعًا يحتمل القسمة فلا تفيد هبته الملك بالقبض، إلا إذا قسم الواهب الموهوب وسلمه مفرزًا عن غير الموهوب لا متصلًا به ولا مشغولًا بملكه، فإن سلمه شائعًا للموهوب له فلا يملكه ولا ينفذ تصرفه فيه، ويضمنه إن هلك أو استهلك.

ويكون للواهب حق التصرف فيه واسترداده هو أو ورثته[1].

---

(١) إنما جازت هبة المشاع؛ لأن بالقبض لم يبق شيوع، وذلك كسهم في دار، ومثله اللبن في الضرع، والصوف على الظهر، والتمر على النخل، والزرع في الأرض؛ لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع، من حيث إنه يمنع القبض.

ولو وهبه دقيقًا في حنطة أو سمنًا في لبن أو دهنًا في سمسم فاستخرجه وسلمه لا يجوز؛ لأن الموهوب معدوم، فلا يكون محلًا للملك فبطل العقد، فيحتاج إلى عقدٍ جديد، أما المشاع فمحل للتمليك حتى جاز بيعه. الاختيار شرح المختار: ٢/ ٣١٠.

وجاء في البدائع في شروط الموهوب: « ومنها أن يكون محوزًا، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم عنده (أي الشافعي)، واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾.

فقد أوجب سبحانه نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول، إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم، فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة، ويستدل بما روي عنه ﷺ أنه لما شدد في الغلول في الغنيمة قام ﷺ إلى سنام بعير وأخذ منه وبره، ثم قال: « أما إني لا تحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»، فجاء أعرابي بكبة من شعر فقال: أخذتها لأصلح بها بردعة بعيري يا رسول اللّٰه، فقال: « أما نصيبي فهو لك وسأسلمك الباقي ». وهذا هبة مشاع فيما يقسم؛ ولأن الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه؛ لأن حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع، ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم؟ وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض؛ لأنه يحصل قابضًا للنصف المشاع بتخلية الكل، ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم، وإن كان القبض فيها شرطًا لثبوت الملك »، بدائع الصنائع : ٦/ ١٨٤.

يقول ابن رشد: « واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور: تصح، وقال أبو حنيفة: لا تصح، وعمدة الجماعة : أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع، وعمدة أبي حنيفة أن القبض =

تكلم المؤلف - رحمه اللَّه - في هذه المادة عن الموهوب المشاع الذي يحتمل القسمة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن اشتراط القبض في ثبوت ملكية العين الموهوبة إذا كانت في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة.

وفي البداية نذكر صحة هبة مشاع لا يحتمل القسمة، وليس من شأنه أن يقسم بمعنى لا يبقى منتفعًا به بعد القسمة أصلًا كعبد ودابة، أو لا يبقى منتفعًا به بعد القسمة تمام الانتفاع الذي كان قبل القسمة، كالبيت الصغير والحمام.

ولكن ما يحتمل القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها، كالأرض والثوب والدار ونحو ذلك لا تصح هبته مشاعًا، ولو كانت الهبة لشريك الواهب؛ لأن القبض في الهبة منصوص عليه، فيشترط كماله، والمشاع لا يقبل القبض إلا بضم غيره إليه، وذلك غير

= فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن مهم ». بداية المجتهد : ٢/ ٣٢٩.

ويقول ابن جزي: « وتجوز هبة المشاع خلافًا لأبي حنيفة »، القوانين الفقهية، ص : ٢٧١.

ويقول ابن عبد البر: « وجائز هبة المشاع ويقبض بما يقبض به الرهن، والإشهاد في هبة المشاع كاف مع القبض »، الكافي، ص : ٥٢٩.

ويقول الغزالي: « وما جاز بيعه جاز هبته فلا يمتنع بالشيوع، وإن قبل القسمة »، الوجيز، ص : ٢٠٣.

قال في العناية شرح الهداية: « ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة، وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، ذلك أن الموهوب إما أن يحتمل القسمة أو لا، وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعيض، فيوجب نقصانًا في ماليته لا يحتمل القسمة، وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها، فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير، والأول كالدار والبيت الكبير، ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة، والأول احتراز عما إذا وهب التمر على النخيل، دون النخيل، أو الزرع في الأرض دونها، فإن الموهوب ليس بمحوز؛ أي ليس بمقبوض، والثاني عن المشاع، فإنه إذا جز وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضًا؛ لأنه غير مقسوم.

ومعنى قوله: لا يجوز؛ أي لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة؛ لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزًا، فإنه إذا وهب مشاعًا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت، فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها، ولكن توقف إثباتها للملك على الإفراز والتسليم، وذلك لا يوصف بعدم الجواز، وهبة المشاع فيما لا يقسم، ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة؛ لأن المشاع غير مقسوم.

وقال الشافعي: هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعًا معناه مثبتة للملك الموهوب؛ ولأنه عقد تمليك وهو ظاهر، وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه: يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع ». العناية شرح الهداية : ١/ ٢٨.

قال في المغني: « وتصح هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي، قال الشافعي: « سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن ».

وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته؛ لأن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه، وإن وهب واحد اثنين شيئًا مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة، وجاز عند صاحبيه، وإن وهب اثنان اثنين مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع »، المغني : ٥/ ٣٨٣.

موهوب، فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة، ولا تجوز فيما يحتمل القسمة خلافًا للبيع، فإنه جائز فيها، وقالت الأئمة الثلاثة: الهبة عقد تمليك فتجوز في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه، وأراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارئ، كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعًا، فإنه لا يفسدها، أما الاستحقاق فيفسد الكل؛ لأنه مقارن لا طارئ قيد بالهبة؛ لأن الرهن يبطله الشيوع الطارئ كالمقارن كما في البحر.

فإن قسم؛ أي أفرز الجزء الموهوب المشاع وسلم إلى الموهوب له صح العقد؛ لحصول الشرط بعد رفع الشيوع، ولو سلمه شائعًا لا ينفذ تصرفه فيه، ويكون مضمونًا عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب كما في الدرر.

وفي المنح: هبة المشاع إذا فسدت لا تفيد الملك، وإن قبض الجملة روي ذلك عن أبي يوسف، وهو الصحيح.

وفي الخلاصة: الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض، ولا يثبت الملك للموهوب له بالقبض، وهو المختار.

وفي جامع الفصولين والبزازية أن الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى، فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ التصحيح كما أفاده في بعض المعتبرات.

وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد، ويضمن بعد الهلاك، كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه؛ لأنه مستحق الرد، ومضمون بالهلاك.

***

● (مادة ٨٢) : إذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له بطلت الهبة[1].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم موت الواهب قبل تسليم العين الموهوبة للموهوب له

---

(١) قال في الاختيار : ٢/ ٣٠٨: « وتصح بالإيجاب والقبول والقبض، أما القبض فلأن الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلتزمه، وهو التسليم بخلاف الوصية؛ لأنه لا إلزام للميت لعدم الأهلية ».

وقال ابن رشد: « القبض عند مالك في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة، وهو عند الشافعي، وأبي حنيفة من شروط الصحة، وقال أحمد وأبو ثور: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلًا لا شرط تمام ولا شرط صحة ». بداية المجتهد : ٢/ ٣٢٩.

وقال ابن جزي: « شرط الهبة وهو الحوز، ولا يشترط في هبة الثواب، وهو في غيرها شرط تمام، لا شرط صحة، وعندهما شرط صحة، وعند ابن حنبل لا شرط صحة ولا شرط تمام، وعلى المذهب تنعقد الهبة وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على إقباضها، فإن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة، وإن مرض لا تبطل إلا أن يموت من مرضه ذلك، فإن أفاق صحت =

وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الموهوب المشاع الذي يحتمل القسمة.

وقد سبق أن ذكرنا أنه يشترط لصحة الهبة القبض، وقال مالك - رحمه الله - ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض.

وعليه؛ فملكية العين الموهوبة لا تدخل في ملك الموهوب له إلا بالقبض، فإن لم يقبضها فهي في ملك الواهب لم تخرج منه، خلافًا لابن أبي ليلى ومالك؛ فإنه ليس بشرط عندهما، فإن مات الواهب انتقل ملكيتها - أي ملكية العين الموهوبة شأنها شأن سائر أمواله - إلي ملكية الورثة بالخلافة؛ لأن الورثة يخلفون الوارث في أملاكه، فلهذا تبطل الهبة؛ لأن تمام الهبة بالقبض، وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث إن الملك يثبت به، فكما أن موت أحدهما بعد الإيجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة.

ولا حق للموهوب له في مطالبة ورثة الواهب بها، وكذا إذا مات الموهوب له، أما إذا مات الواهب؛ فلأن بموته زال ملكه وفات تسليطه كالموكل، وأما إذا مات الموهوب له؛ فلأنه لما مات قبل قبضه لم يكن مالكًا له فلم يكن موروثًا عنه.

وكذلك يترتب على قبض العين الموهوبة انتقال ملكيتها للموهوب له؛ فإن مات الواهب لم يكن لوارثه حق الرجوع في الهبة؛ لأن التمليك بعقد الهبة لم يكن منه، فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه عند موته.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز غير مقبوضة؛ لأنها وصية، بدليل أنها تعتبر من الثلث، فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض، ولا تبطل به.

= ولزمت». القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٧٢.

قال في الشرح الصغير: ٤/ ١٤٣: «(وبطلت): الهبة بمانع؛ أي بحصوله قبل الحوز؛ أي قبل حوزها من واهبها وإن بغير إذنه، وبين المانع بقوله: مِنْ إحاطة دين: بالواهب أو جنون له أو مرض متصل؛ أي كل من الجنون والمرض بموته؛ أي الواهب أو موت الواهب قبل الحوز، وإن مات الواهب قبل إيصالها للموهوب له إن استصحبها، أي الواهب معه في سفر أو أرسلها له، فإنها تبطل، وترجع ميراثًا إذا مات الواهب قبل إيصالها، سواء كان الموهوب له معينًا أم لا».

قال في الكافي: «وإن مات الواهب في الصحة قبل قبض الموهوب بطلت الهبة، ولم تخرج من ثلث ولا غيره وكانت ميراثًا لورثة الواهب إلا أن يقول: أنفذوا له ما وهبته فتكون حينئذٍ وصية له في ثلثه.... ولا تتم الهبة إلا بقبض المعطى له إياها قبل موت واهبها، وقد روي عن مالك أنه إذا شهد على نفسه بالهبة ومات، حكم للموهوب بها»، الكافي، ص: ٥٢٨.

وقال الشربيني: «فلو مات أحدهما؛ أي الواهب والموهوب له بين الهبة والقبض لم ينفسخ العقد وقام وارثه مقامه؛ أي وارث الواهب في الإقباض والإذن في القبض ووارث المتهب في القبض، وقيل ينفسخ العقد لجوازه كالوكالة، وأجاب الأول بأنها تؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع الجائز بخلاف الوكالة»، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠١.

وقال البهوتي: «وارث الواهب إذا مات قبل القبض يقوم مقامه في الإذن والرجوع؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار»، الروض المربع، ص: ٣٤٢.

(مادة ٨٣) : إذا مات الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة بطلت الهبة، ولا حق[١] لورثته فيها[٢].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم موت الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن موت الواهب قبل تسليم العين الموهوبة للموهوب له.

وقد ذكرنا أن ملكية العين الموهوبة لا تدخل في ملك الموهوب له إلا بالقبض، فإن لم يقبضها فهي في ملك الواهب لم تخرج منه خلافًا لابن أبي ليلى ومالك، فإنه ليس بشرط عندهما، فإن مات الموهوب له وملكية العين الموهوبة لم تدخل ملكه، فليس لورثته حقًّا

---

(١) علم أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وأن العين الموهوبة قبل القبض باقية على ملك الواهب، وينبني على ذلك أنه لو تعذر القبض بأن مات الواهب قبل تسليم العين الموهوبة بطلت الهبة، ولا حق للموهوب له في مطالبة ورثة الواهب؛ لأن الواهب قد مات، والهبة ملك له فتحل ورثته محله في الملك.

وكذا الحكم فيما إذا مات الموهوب له قبل القبض من أن الهبة تبطل بموته، ولا حق لورثته في مطالبة الواهب؛ لأن مورثهم قد مات غير مالك للعين الموهوبة؛ لعدم حصول القبض، فلم يرثوا عنه العين الموهوبة، حتى يطالبوا بها ولا يخفى عليك مذهب الإمام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية، فإن الهبة عندهما تتم بمجرد الإيجاب والقبول بدون توقف على القبض، فعلى مذهبهما لا تبطل الهبة بموت الواهب ولا بموت الموهوب له، بل يكون للموهوب له حق في أخذ العين الموهوبة من الورثة في حالة ما إذا مات الواهب، ولورثة الموهوب له أخذ العين الموهوبة في حالة موت الموهوب له؛ لأنها ملك مورثهم.

(٢) جاء في الشرح الصغير : ٣/ ٣٤٠: « وشبه في البطلان قوله: كموت المرسل إليه المعين قبل إيصالها له من ربها أو رسوله، فتبطل إن لم يشهد الواهب حين الاستصحاب أو الإرسال أنها له؛ أي لفلان، وإلا بأن أشهد أنها له فلا تبطل، ويستحقها وارثه كما إذا لم تكن الهبة معينة له، بل حملها أو أرسلها له ولعياله فلا تبطل بموته ».

وقال ابن عبد البر: « روي عن مالك: أنه إذا أشهد على نفسه بالهبة ومات حكم للموهوب بها، كما أنه لو مات الموهوب له بعد أن أشهد الواهب على نفسه حكم لورثة الموهوب بها إذا طلبوها، والأول هو المعمول به عند جمهور المالكية »، الكافي، ص : ٥٢٨.

ويقول المواق : «من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب، ثم مات المعطِي أو المعطَى له قبل وصولها، فإن كان المعطِي أشهد على ذلك حين بعث بها، فهي للمعطَى أو لورثته، وإن لم يشهد عليها حيث بعثها؛ فأيهما مات قبل أن تصل فهي ترجع إلى الباعث أو إلى ورثته، وفي كتاب « ابن المواز » من مات منهما أوّلًا رجع ذلك إلى ورثة الميت، قال ابن يونس: هذا أبين؛ لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه، وقد قال مالك في المدونة في باب آخر: إن كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض هبته فورثته مكانه يقبضون هبته، وليس للواهب أن يمنع من ذلك ». التاج والإكليل : ٦/ ٥٦.

وقال الشربيني : « فلو مات أحدهما؛ أي الواهب أو الموهوب له بين الهبة والقبض لم ينفسخ العقد وقام وارثه مقامه؛ أي وارث الواهب في الإقباض والإذن في القبض ووارث المتهب في القبض، وقيل ينفسخ العقد لجوازه كالوكالة، وأجاب الأول بأنها تؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت، كالبيع الجائز بخلاف الوكالة ». مغني المحتاج : ٢/ ٤٠١.

وقال البهوتي: « ووارث الواهب إذا مات قبل القبض يقوم مقامه في الإذن والرجوع؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وتبطل بموت المتهب »، الروض المربع، ص : ٣٤٢.

فيها؛ لأنه لم يملكها قبل موته فبموته بطلت الهبة، ولكن إذا قبضها قبل موته فإن ملكيتها قد ثبتت له وبموته انتقلت إلى ملكية الورثة وعليه، فليس للواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الورثة لم يملكوها - أي العين الموهوبة منه - وكما أن ملك العين الموهوبة إذا خرج من ملكية الموهوب له لغيره لم يكن للواهب الرجوع فيها فكذلك بعد موته.

***

● (مادة ٨٤) : إذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلًا للقبول، جاز لوليه أو وصيه أو من هو في حجره أن يقبل الهبة ويقبضها عنه، وإذا كان الصبي الموهوب له مميزًا، فقبوله وقبضه معتبران[1] ولو مع وجود أبيه[2].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم الهبة لفاقد أهلية القبول، وذلك بعد أن تكلم في

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٦٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال في تكملة فتح القدير : «وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار، فأولى أن يملك النافع، وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو الجد أو وصيه جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب، وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه؛ لأن له عليه يدًا معتبرة».

قال في العناية : « وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز؛ لأنه نافع في حقه وهو من أهله؛ أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعًا له.

فإن قيل : عقد الصبي، إما أن يكون معتبرًا أو لا، فإن كان الثاني وجب ألا يصح قبضه، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته.

فالجواب : أن علة ما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضًا؛ لأنه ينفتح به باب آخر لتحصيلها، فكان جائزًا نظرًا له، ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضر سدًّا لباب المضرة عليه؛ لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور، فلا بد من جبره برأي الولي». العناية : ٩/ ٣٤.

« ولو وهب لصبي في حجر عمه أو أمه أو أخته شيءٌ وله وصي من جهة أبيه فقبض العم أو الأم أو الأخت الموهوب، قيل : لم يجز قبضهم إنما قبضه لوصيه، وقيل: يجوز، والفتوى على الجواز، أما إذا لم يكن في حجرهم فلا يجوز لهم القبض. قال محمد: ليس لغير وصي الأب والجد من الأوصياء قبض الهبة على الصغير، إن لم يكن الصغير في عيالهم، وكذا إذا كان في عيالهم والأب ميت أو غائب غيبة منقطعة قياسًا، ويجوز استحسانًا، قال: ولا فرق في هذا بين كون الصغير عاقلًا للقبض، وبين كونه غير عاقل »، أحكام الصغار للأستروشني، المطبوع بهامش جامع الفصولين : ٢/ ٢٣٠.

وفي الهندية : «الموهوب له إن كان من أهل القبض فحق القبض إليه، وإن كان الموهوب له صغيرًا أو مجنونًا فحق القبض إلى وليه، ووليه أبوه أو وصى أبيه، ثم جده ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ومن نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيال واحد منهم أو لم يكن، فلو أن الأب ووصيه والجد أبا الأب ووصيه غاب غيبة منقطعة، جاز قبض الذي يتلوه في الولاية.... يستوي في هذه المسائل إذا كان الصبي يعقل القبض أو لا يعقل القبض ».

الفتاوى الهندية : ٤/ ٣٩٢.

قال ابن رشد : « وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يحوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره، وللكبير السفيه ما وهبه،=

المادة السابقة عن موت الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة.

ونقول: الهبة لفاقد الأهلية إمَّا أن تكون من الأب (أو من وليه) أو من أجنبي، فإذا كانت الهبة من الأب لابنه الصغير ملكها الابن بالعقد؛ لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، والقبض فيه بإعلام ما وهبه له، وليس الإشهاد بشرط، إلا أن فيه احتياطًا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته، أو جحوده بعد إدراك الولد، ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه؛ لأن يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهونًا أو مغصوبًا أو مبيعًا بيعًا فاسدًا؛ لأنه في يد غيره، أو في ملك غيره، والصدقة في هذا مثل الهبة، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له، وكذلك كل من يعوله.

أما إذا كانت الهبة من الأجنبي، فإنها تتم بقبض الأب؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأَوْلَى أن يملك النافع، وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه، وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب، وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه؛ لأن له عليه يدًا معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده، فيملك ما يتمحض نفعًا في حقه؟

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز، إذا كان عاقلًا؛ لأنه نافع في حقه وهو من أهله، ولو كان أبوه حيًّا؛ لأنه في التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل، وفي البحر: من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئًا فرده يصح كما يصح قبوله، وفي السراجية: من وهب للصغير شيئًا له أن يرجع فيه، وليس للأب التعويض من مال الصغير، وفي الخانية: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته، وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف؛ لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف، ويملكه مع حضرة الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضوره لا ضرورة.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثالثة من المادة (٤٦٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١].

= كما يجوز له حوز ما وهبه غيره لهم »، بداية المجتهد: ٢/ ٣٣٠.

قال ابن جزي: « يجوز للمحجور وصيه، ويحوز الوالد لولده الحر الصغير ما وهبه له من الدنانير والدراهم، وما وهبه غيره مطلقًا »، القوانين الفقهية، ص: ٢٧٢.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية: المادة (٤٦٠)، ص: ١٦٠.

والتي تنص على أنه: « إذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب »[1].

***

● (مادة ٨٥) : حكم الهبة في مرض الموت بعد استيفاء شرائطها قبله كحكم الوصية في اعتبارها من الثلث وتوقفها لو لأحد[2] ....

---

(١) هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (٤٨٧) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على: « فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب ».

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة (٥٥٨) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

« ١ - تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض.

٢- يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه، والشيء الموهوب في صورته، وكذا لو كان الموهوب له صغيرًا يقوم الواهب على تربيته ».

و المادة (١/ ٦٠٥) من التقنين العراقي والتي تنص على أنه: « إذا وهب شيء لصبي غير مميز قام مقامه وليه أو من هو في حجره ».

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرحه هذه المادة: لما كان قبض الهبة لازمًا حتى تملك الهبة للموهوب له، حق علينا أن نبين من له ولاية قبضها؛ ليمكن الحكم بكون القبض معتبرًا، فتكون العين قد ملكت للموهوب له أو غير معتبر، فتكون باقية على ملك الواهب؛ وبيانه أن الموهوب له إما أن يكون بالغًا عاقلًا أو لا.

فإن كان بالغًا عاقلًا فولاية قبض الهبة له أو لوكيله، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الواهب له هو والده وهو في عياله، أو شخص أجنبي لزوال ولاية أبيه عنه، وحينئذ فلو قبضها غيره بدون إذن لا يكون القبض معتبرًا؛ بل لا تزال العين الموهوبة باقية على ملك الواهب.

وإن كان صغيرًا، فإما أن يكون غير مميز، وإما أن يكون مميزًا، وعلى كلٍّ فإما أن يكون الواهب له الولاية عليه أو لا، فإن كان صغيرًا غير مميز وكان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الإيجاب وقام قبض وليه مقام قبض الصغير.

ولا فرق في صحة الهبة بمجرد الإيجاب بين ما إذا كان الواهب يملك التصرف في مال الصغير، كالأب والجد والقاضي ووصي كل منهم أو لا، مثل: الأخ والعم وأولادهم الذكور، ومثل من هو في حجره، كزوج أمه أو الملتقط بالنسبة إلى اللقيط، إلا أنه يلزم لصحة القبض بالنسبة إلى من لا حق لهم في التصرف في مال الصبي أن يكون الولد في حجرهم وكنفهم، ولا يشترط في صحة قبضهم عدم وجود الولي الذي له ولاية التصرف في المال على الصحيح؛ لأن القبض فيه منفعة للصغير؛ ولأن وجوده في يد من يعوله مع وجود من له ولاية التصرف إمارة على رضاه بتعهد الصغير والنظر في مصالحه؛ ولأنه يصح قبض الصغير المميز مع وجود وليه.

ويشترط لصحة الهبة في هذه الحالة ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون الموهوب معلوم القدر، فلو كان مجهولًا لا تصح الهبة، وهذا الشرط ليس خاصًا بهبة الصغير، بل عام في جميع أنواع الهبة.

الثاني: أن يكون الموهوب مميَّزًا على حدته، لا مشاعًا، فلا يتوهم من كون الهبة ممن له ولاية على الطفل أن الشيوع مغتفر هنا، فلو كان الموهوب مشاعًا، فهو على ملك الواهب على الراجح من المذهب كما تقدم.

الثالث: أن يكون الشيء الموهوب في يد الواهب ولو حكمًا، كما في الوديعة والعارية، فلو لم يكن في يده لا حقيقة ولا حكمًا كما في الرهن والعين المغصوبة فلا تصح الهبة لعدم إمكان القبض الكامل. =

الورثة[1].

= وإن كان الصبي غير مميز أيضًا، ولكن الواهب ليس له الولاية عليه بالمعنى المتقدم فلا تتم الهبة بمجرد الإيجاب؛ بل لا بد من القبض سواء كان القبض ممن له ولاية على أمواله أو لا، إلا أنه إذا كان القابض هو الذي له صفة التصرف في ماله صح القبض، ولو لم يكن الصبي في كنفه، وإن كان الذي قبض غير ما ذكر ممن له ولاية على الصغير فلا يعتبر القبض إلا إذا كان الصغير في حجره كما تقدم.

وإن كان الصبي مميزًا فإن كان الواهب له ممن له الولاية عليه بالمعنى المتقدم تمت الهبة بمجرد الإيجاب بالشروط المتقدمة فيما إذا كان غير مميز، وإن كانت الهبة من أجنبي فلا تتم إلا بالقبض، فإن قبض عنه أبوه أو نحوه ممن له حق التصرف في أمواله صحت الهبة، ولو لم يكن في حجره، وإن قبض عنه غيرهم كما تقدم فلا بد أن يكون تحت رعايته حتى يعتبر القبض كما تقدم.

ويجوز للصبي المميز أن يقبض بنفسه ولو مع وجود وليه؛ لأن تصرف الصبي المميز صحيح فيما فيه المنفعة له استحسانًا محافظة على مصلحة القاصر، ومقتضى القياس عدم الجواز؛ لأن عقله قبل البلوغ غير معتبر؛ ولهذا يجوز لأبيه أو جده أو وصيه أن يقبض عنه مع وجوده، بل الأجنبي الذي هو في حجره يصح له أن يقبض عنه مع كونه مميزًا، فلو كان العقل معتبرًا تمامًا كما اعتبر في البالغ لما صح قبض أحد عنه، ووجه الاستحسان: أنه إنما لم يعتبر عقله لدفع الضرر؛ لأن الظاهر أنه لم يتم به نظره في عواقب أموره لعدم كماله، فإذا كان التصرف نفعًا محضًا كما في قبوله الهبة تعين اعتبار نفوذه نظرًا له؛ لأن منعه في التصرف الضار لأجله والتوقف فيما تردد بين النفع والضرر لأجله أيضًا، فيرده الولي إن لم ير فيه مصلحة، وينفذه إن رآها، فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعًا محضًا، ويحصل له النفع بطريقين؛ إذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرًا له ثم يرد مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز، ولو رد الصغير المميز الهبة صح، ولكن لا يصح رد وليه أو وصيه الهبة، فحاصل ما تقدم أن القبض لا بد منه، وأن يكون من الموهوب له أو من وكيله إذا كان بالغًا عاقلًا، ويكون ممن له ولاية على الصغير إن كان غير مميز بشرط أن يكون في تربية من له ولاية عليه، وليس له التصرف في أمواله، وكذا يجوز قبضه لو كان مميزًا كما يجوز قبض الصبي لنفسه استحسانًا.

(١) محل صحة الهبة في كل ماله إذا كانت في حالة الصحة، فإن كانت في حالة مرض الموت اعتبرت وصية، وحينئذ ينظر إلى الموهوب له في هذه الحالة، فإما أن يكون وارثًا أو غير وارث.

فإن كان وارثًا فلا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة وهم من أهل الإجازة، وإن كانت لأجنبي، فإما أن تكون بقدر الثلث فأقل أو بأكثر منه.

فإن كان الأول نفذت بلا توقف على إذن الورثة، وإن كان الثاني نفذت في قدر الثلث بدون إجازة الورثة، وفيما زاد عنه لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة، وهم من أهل التبرع.

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجودًا وقت الهبة فلو كان غير موجود بأن قال شخص: وهبت بيتي لابن فلان، ولا ولد له، فالهبة لاغية حتى لو ولد له ولد بعد ذلك ومات الواهب لا يستحق العين الموهوبة.

قال في البدائع: «وكذلك الهبة في المرض بأن وهب المريض لوارثه شيئًا ثم مات أنه يعتبر وارثًا له وقت الموت، لا وقت الهبة؛ لأن هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث»، انظر: بدائع الصنائع: ٧/ ٤٩٨.

وقال في الهندية: «قال في الأصل: لا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت، ويجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقد وليس بوصية، واعتبارها من الثلث؛ لأنها وصية معنى؛ لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض وقد تبرع بالهبة، فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع وهو الثلث» الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٠٠.

وقال ابن عبد البر: «هبة المريض في مرضه موقوفة؛ ليعلم هل تخرج من ثلثه أم لا، إلا أن يكون له أموال مأمولة، فتكون الهبة إذا علم بخروجها من الثلث نافذة لمن وهبت له إذا قبضها، وإن قبضت الهبة وصح الواهب كانت في رأس ماله، =

تناول المؤلف في هذه المادة حكم هبة مريض مرض الموت، وأنها كحكم الوصية وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الهبة لفاقد أهلية القبول.

وقد ذكرنا أن القبض شرط في صحة الهبة للمريض وغيره، وأن العين الموهوبة لا تخرج من ملك الواهب إلا بالقبض؛ لهذا تبطل بموت الواهب والموهوب له قبل التسليم خلافًا لابن أبي ليلى، فالقبض ليس بشرط عنده، ولهذا لا تجوز هبة المريض، ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت: جازت، وقال ابن أبي ليلى: تجوز غير مقبوضة؛ لأنها وصية بدليل أنها تعتبر من الثلث؛ فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به؛ فكذلك الهبة في المرض؛ وهذا لأن المرض سبب الموت، وجعل ما يباشره المريض في الحكم كالثابت بعد موته، حتى لو طلق زوجته ثلاثًا ورثته بمنزلة ما لو وقعت الفرقة بينهما بالموت، فهذا مثله، ولكنا نقول: المعنى الذي له ولأجله لا تتم الهبة والصدقة من الصحيح إلّا بالقبض موجود في حق المريض، وهو أنه تمليك بعقد تبرع، فيكون ضعيفًا في نفسه لا يفيد حكمه، حتى ينضم إليه ما يؤيده، وهذا في حق المريض أظهر؛ لأن تصرفه أضعف من تصرف الصحيح.

واعتباره من الثلث لا يدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالته وإعتاقه، وهذا بخلاف

= وما تبعه من الهبات في مرضه، ثم مات منه كانت من ثلثه قبضت أو لم تقبض إن احتملها الثلث، وإلا فما حمله الثلث منها، وإن صح نفذت كلها من رأس ماله، ولو وهبت في صحته فتأخر إقباضه إياها حتى مات أو مرض رجعت ميراثًا بين ورثته ولم تكن في ثلث ولا في غيره، سواء كانت لوارث أو لأجنبي » الكافي لابن عبد البر، ص : ٥٣٠.

قال ابن رشد: « واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس، أما المريض، فقال الجمهور: إنها في ثلثه تشبيهًا بالوصية، أعنى الهبة التامة بشروطها، وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر: إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة، والأمراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي: الأمراض المخوفة، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة، مثل الكون بين الصفين، وقرب الحامل من الوضع » انظر: بداية المجتهد : ٢/ ٣٢٧.

قال ابن جزي: « فإن وهب المريض، ثم مات كانت هبته في ثلثه عند الجمهور، وإن صح صحت هبته، ويجري مجرى المريض كل ما يخاف منه الموت كالكون بين الصفين، وقرب الحامل من الوضع، أو راكب البحر المترج، وفيه خلاف » القوانين الفقهية، ص : ٢٧١.

وقال البهوتي: « في تصرفات المريض بعطية أو نحوها من مرض غير مخوف كوجع ضرس وعين وصداع فتصرفه لازم كتصرف الصحيح، ولو صار مخوفًا ومات منه، وإن كان المرض الذي اتصل به الموت مخوفًا كبير سام وهو بخار يرتقي إلى الرأس فيؤثر في الدماغ، وذات الجنب وما قال طبيبان مسلمان عدلان أنه مخوف فعطاياه كوصية، ومن وقع الطاعون ببلده أو من أخذها الطلق حتى تنجو لا يلزم تبرعه لوارث بشيء ولا بما فوق الثلث - ولو لأجنبي - إلا بإجازة الورثة لها، إن مات منه كوصية، وإن عوفي من ذلك فكصحيح في نفوذ عطاياه كلها لعدم المانع. ا هـ. » انظر: الروض المربع، ص : ٣٤٤.

الوصية فإنها خلافة ثم الملك من ثمراتها، والخلافة لا تكون إلا بعد الموت، وهذا عقد تمليك لا يحتمل الإضافة، فإذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت، كالبيع الموقوف، إذا لم يتصل به الإجازة حتى مات أحدهما، ولا يقول: الطلاق يصير كالمضاف، ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها في ماله بعد تعلقه؛ ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا، وأن حق الوارث تعلق بثلثي ماله بمرضه، فلإبقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث.

***

الفَصلُ الثَّالِثُ

في الوصية(١)

● (مادة ٨٦) : **الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع(٢).**

تناول المؤلف في هذه المادة عن تعريف الوصية، وذلك في مطلع حديثه في الفصل

(١) تكلم المؤلف عن أحكام الوصايا بشيء من التفصيل في كتابه: « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » من المادة (٥٢٩) إلى المادة (٥٥٧) المجلد الثالث من ص : ١٢٧٩ حتى ص : ١٣٥٤، ط. دار السلام للطباعة والنشر بالقاهرة، بتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية .

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرحه هذه المادة: اعلم أن عقد الوصية يخالف جميع العقود من جهة أن غيره يفيد حكمه حال الحياة، وعقد الوصية لا يفيد حكمه إلا بعد وفاة الموصي، حيث إن كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط وحكم فالوصية تحتاج إلى ذلك.

تعريف الوصية: الوصية لها معنيان: معنى في اللغة ومعنى في الشرع، فهي في اللغة: اسم بمعنى التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ﴾ [المائدة: ١٠٦].

وقد تطلق على الشيء الموصى به، ومنه قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١٢]، وتطلق الوصية والإيصاء والتوصية لغة على طلب الشخص شيئًا من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته.

ومعناها في الشرع: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهذا التعريف قاصر على الوصية الجائزة والمستحبة، ولا يشمل الواجبة، ولذا عرفها بعضهم بأنها: هي طلب شخص براءة ذمته من حقوق اللّه - تعالى - والعباد أو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان المتبرع به عينًا أو منفعةً.

وبذلك يكون التعريف جامعًا لجميع أفراد المعرف، ومانعًا من دخول غير المعرف فيه لشموله الوصية بالواجب عليه وغيره كالمستحبة، ومقتضى القياس أن الوصية بغير الواجب لا تكون جائزة؛ لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، مع أنه لو أضافه إلى زمن يكون الملك فيه موجودًا لا يكون التمليك صحيحًا.

فلو قال شخص لآخر: ملكتك بيتي غدًا، كان التمليك باطلًا، فتكون الوصية أَوْلَى بالبطلان، إلا أن الشارع أجازها استحسانًا لحاجة الناس رأفة بهم ورحمة؛ لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تدارك ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو طال أجله واحتاج إلى الانتفاع به أمكنه أن يصرفه فيما هو محتاج إليه في الحال، فشرعت لأجل التمكن من العمل الخيري المكسب للثناء في الدنيا والثواب في العقبى، مع إمكانه قضاء حاجته عند الاحتياج بذلك المال الذي يريد التبرع به بعد الموت؛ لأنه باق على ملكه ما دام حيًّا.

وقد يبقى الملك بعد الموت كما بقي في قدر التجهيز والدين، ومثل الوصية في هذا المعنى الإجارة، فإن فيها تمليك المنفعة المستقبلة ولكنها جازت استحسانًا أيضًا للضرورة.

وهي مشروعة بقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ الآية [البقرة: ١٨٠]، والمراد بالخير: المال، وقوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١٢].

ركن الوصية: من المعلوم أن كل عقد في المذهب الحنفي له ركنان، وهما الإيجاب والقبول.

والوصية عقد من العقود فهما ركناها ولا يلزم في الإيجاب لأي عقد عبارة مخصوصة، بل المدار على الإتيان بما يدل على =

الخاص بها، وذلك بعد أن تكلم في الفصل السابق عن الهبة، وتشترك الوصية والهبة في أنها تملك الأعيان بغير عوض، ولكن الهبة حال الحياة والوصية مضافة لما بعد الموت.

وقبل الحديث عن التعريف الاصطلاحي الذي ذكره المؤلف - رحمه الله - نتحدث عن المعنى اللغوي، فالوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ﴾ [المائدة: ١٠٦]، ثم سمى الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ ﴾ [المائدة: ١٠٦]، وفي المغرب: أوصى إلى زيد بكذا إيصاء ووصَّى به توصية والوصية والوصاة اسمان في معنى المصدر، ثم سمي الموصَى به وصية، والوِصاية بالكسر مصدر لوصى، وقيل: الإيصاء طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته، وفي حديث الظهار: «استوصي بابن عمك خيرًا»[1]؛ أي اقبلي وصيتي فيه،

=العقد، فركن الوصية يحصل بكل لحفظ يفيد التبرع بعد الموت.

فإن قال شخص: أوصيت لفلان بداري أو وهبت لزيد داري بعد وفاتي أو ملَّكت عليًّا بيتي بعد وفاتي، كان ذلك وصية منه لإفادة عبارته معنى الوصية، وكذا القبول ليس له لفظ مخصوص، بل يكتفي فيه بكل ما يدل على قبوله الوصية صراحة كقبلت أو رضيت، أو دلالة كمطالبة الورثة بتسليمها له، وشأن القبول في كل عقد أن يكون في مجلس الإيجاب ولو حكمًا حتى لو لم يحصل فيه لا يتم العقد.

ولكن الوصية بخلاف ذلك، فإن المدار فيها على حصول القبول بعد موت الموصي، فلو قبل في حياة الموصي ثم ردها بعد الوفاة صح الرد، وكذا لو ردها في حال حياة الموصي ثم قبل بعد وفاته صح قبوله؛ وذلك لأن التملك في الوصية إنما يكون بعد وفاة الموصي فلا يعتد بالقبول وعدمه إلَّا إذا حصلا بعدها.

ومتى حصل القبول بعد وفاة الموصي ملك الموصى له العين الموصى بها ولو لم يقبضها لشبهها بالميراث، ولو ردها بعد الوفاة فهي ملك لورثة الموصي، ولكن لو لم يحصل قبول ولا رد تكون العين الموصى بها غير مملوكة لأحد حتى يتبين الحال، فإن قبل الموصى له فهي له، وإن ردها فهي ملك للورثة ولا يلزم من ذلك أنها تكون سائبة في وقت عدم القبول والرد؛ إذ لا سائبة في الإسلام؛ لأن السائبة المنهي عنها شرعًا هي السائبة الممنوع تملكها في أي زمن، وهنا ليس كذلك، لأن عدم الملكية هنا مقيد بزمن عدم القبول والرد، ومتى وجد أحدهما فقد ملكت العين الموصى بها؛ إما للموصى له وإما للورثة.

وأمثال هذا كثير في الشرع؛ مثل المبيع بخيار للبائع وحده فإن الثمن يخرج عن ملك المشتري، ولا يدخل في ملك البائع مدة الخيار.

وكذا التركة المستغرقة بالدين، فإنها غير داخلة في ملك الورثة والدائنين؛ بل هي موقوفة فإن قضى الورثة الدين فقد ملكوها، وإن لم يقضوا الدين تباع ويقضى الدين من ثمنها، فلو فرضنا أن الموصى له مات بلا قبول ولا رد اعتبر مالكًا للعين الموصى بها، وحينئذ ينتقل ملكها إلى ورثته استحسانًا، والقياس يقتضي بطلان الوصية؛ لأنه لا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره.

ووجه الاستحسان: أن الوصية قد تمت من جهة الموصي تمامًا، لا يلحقه فسخ من جهته، والمنع يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصى به في ملكه وينتقل إلى ورثته.

ومحل اشتراط القبول في الوصية ما إذا كانت لمعين، فإن كانت لغير معين فلا يشترط، كما إذا أوصى لنحو الفقراء والمساكين فلا يشترط القبول؛ لأنه غير متصور لهم، إلا أن القبول موجود دلالة.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، حديث رقم: (٤٢٧٩)، ١٠/١٠٧، وأحمد في المسند، حديث رقم: (٢٧٣٦٠)،=

وانتصاب خيرًا على المصدر؛ أي استيصاء خيرًا، وفي المصباح: وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاء، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة، وأوصيت إليه بمال: جعلته له، وفي القاموس: أوصاه ووصاه توصية: عهد إليه، والاسم الوصاة والوصاية والوصية.

ونقل الإمام النووي عن أهل اللغة: أنه قال: أوصيته ووصيته بكذا، وأوصيت ووصيت له وأوصيت إليه: جعلته وصيًّا، قلت: وبه ظهر أنه لا فرق في اللغة بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى في أن كلًّا منها يستعمل بمعنى جعلته وصيًّا، وأن المتعدي بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال، وأن التفرقة بين المتعدي باللام والمتعدي بإلى اصطلاحية شرعية كما يفهم من الدرر، وبه صرح الطوري عن بعض المتأخرين، وكأنهم نظروا في ذلك إلى أصل المعنى، فإن معنى أوصيت إليه: عهدت إليه بأمر أولادي مثلًا، ومعنى أوصيت له: ملَّكت له كذا فعدوا كلًّا منهما بما يتعدى به ما تضمنا معناه.

وجمع وصية وصايا، وأصله وصايي، فقلبت الياء الأولى همزة لوقوعها بعد ألف مفاعل، ثم أبدلت كسرتها فتحة فانقلبت الياء الأخيرة ألفًا ثم أبدلت الهمزة ياء لكراهة وقوعها بين ألفين، بقي أن عمومه للوصية والإيصاء ليس على معنى أنه جمع لها كما لا يخفى، بل على معنى أن الوصية تأتي اسمًا من المتعدي بإلى والمتعدي باللام فجمعت على وصايا مرادًا بها كلًّا من المعنيين.

وأمَّا في الاصطلاح، فالوصية: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فهي تشمل الأعيان والمنافع.

والوصية عقد مندوب إليه مرغوب ليس بفرض ولا واجب عند جمهور العلماء، وقال بعض الناس: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثونه فرضًا، وعند بعضهم الوصية واجبة على أحد ممن لم يرثوه، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ [البقرة: ١٨٠]، والمكتوب علينا يكون فرضًا، وقال ﷺ: « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه »[١]، وحجتنا في ذلك أن الوصية مشروعة لنا لا علينا.

قال ﷺ: « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم، فضعوه

= ٦/ ٤٠١، والحديث صححه ابن حبان.

(١) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم: (٢٥٨٧)، ٣/ ١٠٠٥، ومسلم في الصحيح، حديث رقم: (١٦٢٧)، ٣/ ١٢٤٩، والحديث صححه الإمام مسلم.

حيث شئتم »، أو قال: « حيث أحببتم »، والمشروع لنا ما لا يكون فرضًا ولا واجبًا علينا، بل يكون مندوبًا إليه بمنزلة النوافل من العبادات، ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في حالة الحياة، وذلك إحسان مندوب إليه، وكذلك التبرع بالوصية بعد الموت، وأما الآية فقد اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان في الابتداء قبل أن ينزل آية المواريث ثم انتسخ، وتكلموا في ناسخه، وكان أبو بكر الرازي - رحمه اللَّه - يقول: إنما انتسخ بقوله: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ فإنه نص على الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد الوصية المعرفة؛ لأن تلك وصية معهودة.

وهذا قول الشافعي أيضًا بناء على مذهبه أنه لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة، والرازي كان لا يجوز نسخ الكتاب إلا بالخبر المتواتر، وأكثر الأحناف يقولون: إنما انتسخ هذا الحكم بقوله ﷺ: « **إن اللَّه أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث** »[1]، وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به، ونسخ الكتاب جائز بمثله عندنا؛ لأن ما تلقته العلماء بالقبول والعمل به كالمسموع من رسول اللَّه ﷺ، ولو سمعناه يقول: لا تعملوا بهذه الآية فإن حكمها منسوخ؛ لم يجز العمل بها، ولأجل شهرة هذا الحديث بدأ الكتاب به ورواه عن أبي قلابة أن رسول اللَّه ﷺ قال: « **لا وصية لوارث** »، وفي بعض الرواية قال: « **إلا أن يجيزه الورثة** »، وفي هذه الزيادة بيان أن المراد نفي الجواز لا نفي التحقيق، ومن ضرورة نفي الجواز نفي الفرضية والوجوب، والحديث مرسل بالطريق الذي رواه، ولكن المراسيل حجة عندنا كالمسانيد، أو أقوى من المسانيد؛ لأن الراوي إذا سمع الحديث من واحد لا يشق عليه حفظ اسمه فيرويه مسندًا، وإذا سمعه من جماعة يشق عليه حفظ الرواية فيرسل الحديث، فكان الإرسال من الراوي المعروف دليل شهرة الحديث، فأما الحديث الذي رواه فهو شاذ فيما تعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله، ثم هو محمول على ما كان ابتداء قبل نزول آية المواريث أو المراد ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والأخذ بمكارم الأخلاق؛ لقوله ﷺ: « **لا يحل لرجل يؤمن باللَّه واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره طاو إلى جنبه** »[2]، والمراد ما بينًّا، وسببها أن يذكر بالخير في الدنيا ونيل الدرجات العالية في العقبى.

***

(١) أخرجه أبو داود في السنن، حديث رقم: (٣٥٦٥)، ٣/ ٢٩٦، والترمذي في السنن، حديث رقم: (٢١٢٠)، ٤/ ٤٣٣، والنسائي في المجتبى، حديث رقم: (٣٦٤١)، ٦/ ٢٤٧، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، حديث رقم: (٣٠٣٥٩)، ٦/ ١٦٤.

● **(مادة ٨٧) : يشترط لصحة الوصية كون الموصي حرًا بالغًا عاقلًا مختارًا أهلًا للتبرع، والموصى له حيًا تحقيقًا أو تقديرًا، والموصى به قابلًا للتمليك بعد موت الموصي[١].**

تناول المؤلف في هذه المادة شروط صحة الوصيّة وذلك بعد أن تكلم عن

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: شروط الوصية: من البين أنه لا بد لكل عقد من عاقدين ومعقود عليه، وكل واحد له شروط لا بد من وجودها حتى يكون العقد مستوفيًا جميع ما يلزم له.

فشروط الوصية ثلاثة أنواع:

- نوع يرجع إلى الموصي.
- ونوع يرجع إلى الموصَى له.
- ونوع يرجع إلى الموصَى به.

فالشروط التي ترجع إلى الموصي منطوية تحت شرط واحد، وهو: أن يكون أهلًا للتبرع، وبيانها تفصيلاً:

أن يكون حرًا عاقلًا بالغًا مختارًا، فلا تصح وصية الرقيق؛ لأنه لا يملك شيئًا، ولا وصية المجنون؛ لأنه لا تمييز عنده، ولا وصية الصبي؛ لأنه إذا كان غير مميز فهو كالمجنون، وإذا كان مميزًا فالوصية من التصرف المضر، وهو لا يصح منه، وكذا لا تصح وصية المكره لصدورها بغير إرادته؛ ولذلك ثبت له الحق في فسخ عقد المعاوضة إذا زال عنه الإكراه، وقال الشافعي: تصح وصية الصبي المميز؛ لأن حفظ المال له في سبيل إبطال تصرفه، وهذا التصرف لا يضيع ماله بل هو في فائدته؛ لأنه ينال به الثواب في الآخرة مع بقاء ملكه له مدة حياته وإمكانه التصرف فيه متى أراد وهو ظاهر، وقد صرح الحنفية بأن وصيته جائزة فيما يتعلق بأمر تجهيزه بشرط مراعاة المصلحة.

وأما الشروط التي ترجع إلى الموصَى له، فهي: أن يكون موجودًا وقت الوصية، سواء كان وجوده محققًا وظاهرًا أو مقدرًا، كما في الحمل، فإن الوصية له صحيحة بشرط ولادته لأقل من ستة أشهر من وقت وفاة الموصي إذا كانت الحامل لها زوج حتى يتحقق من وجود الحمل في الرحم وقت الوصية أو وفاة الموصي، ولكن لو أخبر الموصي بأنها حامل ثبتت الوصية له إن وضعته في مدة السنتين؛ لأن وجوده في بطنها وقت الوصية ثبت بإقراره، وهو غير متهم فيه؛ لأنه أوجب بهذا الإقرار ما هو خالص حقه، وهو الثلث فيلحق بما لو كان معلومًا يقينًا بأن وضعته أمه لأقل من ستة أشهر، ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي إذا كان زوج الحامل حيًا وهي على ذمته، فلو كان ميتًا أو مطلقًا لها طلاقًا بائنًا فالشرط في استحقاق الحمل للموصى به ولادته لأقل من سنتين أو لتمامهما على الصحيح من وقت الطلاق أو الوفاة، ولو كانت ولادته لأكثر من ستة أشهر من وقت موت الموصي؛ لأنه يكون ثابت النسب من أبيه فيكون الشارع قد حكم بوجوده في بطنها فتصح.

وأما ما يرجع إلى الموصى به من الشروط، فهو: أن يكون قابلًا للتمليك بعد موت الموصي بعقد من العقود سواء كان مالًا أو منفعة، وسواء كان موجودًا في الحال أو معدومًا، ولكن يشترط في المعدوم أن يكون قابلًا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصي، ولهذا لو أوصى بما يثمر بستانه في هذا العام أو أبدًا صحت الوصية، وإن كان الموصى به معدومًا وقتها؛ لأنه يقبل التمليك حال حياة الموصي بعقد المساقاة، ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحسانًا؛ لأن الموصى به لا يقبل التمليك بعقد من العقود، ولا يشترط وجود الموصى به إلا إذا كان معينًا عينًا أو نوعًا، فلو كان كذلك اشترط وجوده بخلاف غير المعين، وينبني على ذلك أن الموصي لو قال: أوصيت لفلان بسدس مالي، استحق الموصى له سدس جميع مال الموصي، ولو كان موجودًا بعد الوصية، ولو قال: أوصيت لفلان بثلث غنمي، وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته بطلت الوصية، ولو اكتسب غيرها لتعلق الوصية بالموجود فتبطل بهلاكه.

حكم الوصية:

من المعلوم أن حكم كل عقد هو أثره الذي يترتب عليه، فحكم الوصية المترتب عليها هو ملك الموصى له الشيء الموصى =

تعريفها في المادة السابقة.

وفي البداية فإن الوصية عقد من عقود التبرعات، فيشترط فيه ما يُشرط في عقود التبرعات، وقد ذكر المؤلف - رحمه اللَّه - في هذه المادة الشروط الواجبة توافرها في الموصي والموصى له والموصى به، فنتحدث عنهم بالترتيب الذي ذكره.

أما الشروط الواجب توافرها في الموصي فأنواع:

منها أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال، وما يتعلق به؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع، فلا تصح من الصبي، والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة؛ إذ لا يقابله عوض دنيوي، وهذا عندنا، وقال الشافعي - رحمه اللَّه - في أحد قوليه: وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة.

ومنها رضا الموصي؛ لأنها إيجاب ملك، أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح وصية الهازل، والمكره، والخاطئ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا، وأمَّا إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته، فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم، والذمي في الجملة؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك، ألا ترى أنه يصح بيع الكافر، وهبته؟ فكذا وصيته، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم، أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا، غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام، وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه؛ لأنه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الإسلام، أو لزمه من غير التزامه، لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام، ومن أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه، وإن لم يكن له وارث أصلًا: تصح من جميع المال، كما في المسلم والذمي، وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب؛ لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة، وحقهم غير معصوم؛ لأنه لا عصمة لأنفسهم وأموالهم، فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أَوْلَى.

أمَّا الشروط الواجب توافرها في الموصى له؛ فمنها أن يكون موجودًا، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح، وعلى هذا يخرج ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة، إن ولدت من يُعْلَم أنه كان موجودًا في البطن صحت الوصية وإلا فلا،

= به سواء كان عينًا أو منفعة بقبوله الوصية ولو دلالة وقت موت الموصي ولو لم يقبضها بالفعل؛ لأنها خلافة كالميراث، بخلاف الهبة، فإنها لا تملك إلا بالقبض الكامل، ولكن يلزم لملك الموصى له الشيء الموصى به أن تكون الوصية مستوفية شرائطها.

وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية، وعند الطحاوي - رحمه اللَّه - من وقت وجود الوصية.

وجه ما ذكره الطحاوي - رحمه اللَّه - أن سبب الاستحقاق هو الوصية؛ فيعتبر وجوده وقتها.

وجه ظاهر الرواية: أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت؛ لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنًا أنه كان موجودًا؛ إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال أنها علقت بعده، فلا يعلم وجوده بالشك إلا إذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة، فولدت إلى سنتين منذ طلقها، أو مات عنها زوجها، فله الوصية؛ لأن نسب الولد يثبت من زوجها إلى سنتين، ومن ضرورة ثبوت النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصي.

والفرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصح، والوصية صحيحة؛ لأن الهبة لا صحة لها بدون القبض، ولم يوجد، والوصية لا تقف صحتها على القبض.

ولو قال: إن كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف، وإن كان في بطنها غلام فله وصية ألفان، فولدت جاريةً لستة أشهر إلا يومًا، وولدت غلامًا بعد ذلك بيومين؛ فلهما جميع الوصية؛ لأنهما أوصي لهما جميعًا، لكن لأحدهما بألف وللآخر بألفين، وقد علم كونهما في البطن، أما الجارية فلا شك فيها؛ لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الموصي، فعلم أنها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت.

وكذا الغلام؛ لأنه لما ولد لأكثر من ستة أشهر بيوم، أو يومين علم أنه كان في البطن مع الجارية؛ لأنه توأم، فكان من ضرورة كون أحدهما في البطن كون الآخر كذلك؛ لأنهما علقا من ماء واحد، فإن ولدت غلامين وجاريتين لأقل من ستة أشهر؛ فذلك إلى الورثة يعطون أي الغلامين شاءوا وأي الجاريتين شاءوا إلا أنه ما أوصى لهما جميعًا، وإنما أوصى لأحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان البيان إلى الورثة؛ لأنهم قائمون مقام المورث.

وقيل: إن هذا الجواب على مذهب محمد - رحمه اللَّه تعالى - فأما على قول أبي حنيفة ﷺ فالوصية باطلة، بناء على مسألة أخرى، وهو إذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان، أو أوصى بثلث ماله لأحد هذين الرجلين، روي عن أبي حنيفة ﷺ أن الوصية باطلة،

وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما اللَّه - أنها صحيحة، غير أن عند أبي يوسف الوصية لهما جميعًا، وعند محمد لأحدهما، وخيار التعيين إلى الورثة يعطون أيهما شاءوا، فقاسوا هذه المسألة على تلك؛ لأن المعنى يجمعهما، وهو جهالة الموصى له.

ومنهم من قال: هاهنا يجوز في قولهم جميعًا، وفرق بين المسألتين من حيث إن الجهالة هناك مقارنة للعقد، وهاهنا طارئة؛ لأن الوصية هناك حال وجودها أضيفت إلى ما في البطن لا إلى أحد الغلامين وإحدى الجاريتين، ثم طرأت بعد ذلك بالولادة، والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة إذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد، فإذا طرأت عليه لا ترفعه كذا هاهنا، ولو قال: إن كان الذي في بطن فلانة غلامًا فله ألفان، وإن كان جارية فلها ألف، فولدت غلامًا وجارية، فليس لواحد منهما شيء من الوصية؛ لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله: إن كان الذي في بطنها كذا فله كذا، وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن بل بعض ما فيه، فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية، في كل واحد منهما، فلا يستحق أحدهما شيئًا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن قوله إن كان في بطن فلانة جارية فلها كذا، وإن كان في بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما في البطن، بل الشرط فيه أن يكون في بطنها غلام، وأن يكون في بطنها جارية، وقد كان في بطنها غلام وجارية، فوجد شرط الاستحقاق، وكذلك لو أوصى بما في بطن دابة فلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة إذا قبل صاحبها، وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا. هذا هو حكم الوصية لما في البطن.

ومنها أن يكون حيًّا وقت موت الموصي حتى لو قال: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي ولدًا ميتًا لا وصية له؛ لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية، كما أنه ليس من أهل استحقاق الميراث بأن ولد ميتًا، وإنها أخت الميراث، ولو ولدت ولدين حيًّا وميتًا، فجميع الوصية للحي؛ لأن الميت لا يصلح محلًّا لوضع الوصية فيه؛ ولهذا لو أوصى لحي وميت كان كل الوصية للحي، كما لو أوصى لآدمي وحائط.

ومنها أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي، فإن كان لا تصح الوصية؛ لما روي عن أبي قلابة ﷺ عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « **إن اللَّه قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث** »[1]، وفي هذا حكاية، وهي ما حُكي أن سليمان بن الأعمش - رحمه اللَّه تعالى - كان

---

(١) سنن أبي داوود، حديث رقم: (٢٨٧٠)، ٣/ ١١٤.

مريضًا، فعاده أبو حنيفة ﷺ فوجده يوصي لابنيه، فقال أبو حنيفة ﷺ: إن هذا لا يجوز، فقال: ولم يا أبا حنيفة، فقال: لأنك رويت لنا أن رسول اللَّه ﷺ قال: « لا وصية لوارث »، فقال سليمان - رحمه اللَّه -: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة، فقد نفى الشارع - عليه الصلاة والسلام - أن يكون لوارث وصية نصًا، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث على ما بينًا فيما تقدم، ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة، وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم، فيؤدي إلى قطع الرحم، وإنه حرام، وما أفضى إلى الحرام فهو حرام، دفعًا للتناقض، ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية، ثم مات قبل موت الموصي، ثم مات الموصي لم تصح الوصية؛ لأن الموصى له، وهو الأخ، صار وارث الموصي عند موته، ولو أوصى لأخيه ولا ابن له وقت الوصية، ثم ولد له ابن، ثم مات الموصي صحت الوصية؛ لأن الأخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبًا بالابن؛ وإنما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته؛ لأن الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثًا وقت وجودها، بل هي تمليك عند الموت، فيعتبر ذلك عند الموت.

ومنها أن لا يكون قاتل الموصي قتلًا حرامًا على سبيل المباشرة، فإن كان لم تصح الوصية له عندنا، وبه أخذ الشافعي - رحمه اللَّه - وقال مالك - رحمه اللَّه - هذا ليس بشرط، وتصح الوصية للقاتل.

ومنها أن لا يكون حربيًا عند مستأمن، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي؛ لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون إعانة له على الحرب، وإنه لا يجوز، وأمَّا كونه مسلمًا، فليس بشرط حتى لو كان ذميًا، فأوصى له مسلم أو ذمي جاز، وكذا لو أوصى ذمي ذميًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « فإذا قبلوا عقد الذمة، فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين »[1]، وللمسلم أن يوصي مسلمًا أو ذميًا كذا لهم، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث؛ ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم، وهذا لا يمنع جواز الوصية فهذا أَوْلَى.

ومنها أن لا يكون مملوكًا للموصي إذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة، أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد، حتى لو أوصى لعبده بدراهم، أو دنانير مسماة، أو بشيء

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم: (٢٥)، ١/ ١٧، ومسلم في الصحيح، حديث رقم: (٢٠)، ١/ ٥١، والحديث صححه الإمام مسلم.

معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية؛ لأنه إذ ذاك يكون موصيًا لنفسه، ولو أوصى له بشيء من رقبته بأن أوصى له بثلث رقبته جاز؛ لأن الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه، وتمليك نفس العبد منه يكون إعتاقًا، فيصير ثلثاه مدبرًا في قول أبي حنيفة - رحمه اللّٰه تعالى - وعندهما يصير كله مدبرًا؛ لأن التدبير يتجزأ عنده كالإعتاق، وعندهما: لا يتجزأ، ولو أوصى له بثلث ماله؛ جازت وصيته، وعتق ثلثه بعد موته؛ لأن رقبته دخلت في الوصية؛ لأنها ماله، فوقعت الوصية عليها وعلى سائر أملاكه، ثم ينظر إن كان ماله دراهم ودنانير ينظر إلى ثلثي العبد، فإن كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصًا، وإن كان في المال زيادة تدفع إليه الزيادة، وإن كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة إلى الورثة، وإن كانت التركة عروضًا لا تصير قصاصًا إلا بالتراضي لاختلاف الجنس، وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته، وله الثلث من سائر أمواله، وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل إليهم السعاية، وهذا قول أبي حنيفة ﷺ، وأمَّا عندهما فيصير كله مدبرًا، فإذا مات عتق كله ويكون العتق مقدمًا على سائر الوصايا، فإن زاد الثلث على مقدار قيمته، فعلى الورثة أن يدفعوا إليه، فإن كانت قيمته أكثر، فعليه أن يسعى في الفضل.

ومنها أن لا يكون مجهولًا جهالة لا يمكن إزالتها، فإن كان لم تجز الوصية له؛ لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية.

وأمَّا الشروط الواجب توافرها في الموصى به فأنواع: منها أن يكون مالًا، أو متعلقًا بالمال؛ لأن الوصية إيجاب الملك، أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع، والهبة، والصدقة، والإعتاق، ومحل الملك هو المال، فلا تصح الوصية بالميتة، والدم من أحد لأحد؛ لأنهما ليسا بمال في حق أحد، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ، وكل ما ليس بمال.

ومنها أن يكون المال متقومًا، فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر، فإنها وإن كانت مالًا حتى تورث، لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالإتلاف، فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر، ويجوز ذلك من الذمي؛ لأنها مال متقوم في حقهم كالخل، وتجوز بالكلب المعلم؛ لأنه متقوم عندنا، ألا ترى أنه مضمون بالإتلاف؟ ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عينًا، أو منفعة عند عامة العلماء، حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد، وسكنى الدار، وظهر الفرس، وقال ابن أبي ليلى: لا تجوز الوصية بالمنافع.

وجه قوله: أن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن نفاذ الوصية عند الموت، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن الرقبة ملكهم، وملك المنافع تابع لملك الرقبة،

فكانت المنافع ملكهم؛ لأن الرقبة ملكهم، فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث، فلا تصح؛ ولأن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة؛ إذ الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض، والوصية بالمنفعة كذلك، والعارية تبطل بموت المعير، فالموت لما أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته، فلأن يمنع من الصحة أَوْلَى؛ لأن المنع أسهل من الرفع.

ولنا أنه لما ملك أن يملك حال حياته بعقد الإجارة والإعارة، فلأن يملك بعقد الوصية أَوْلَى؛ لأنه أوسع العقود ألا ترى أنها تحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من عدم المحل، والخطر، والجهالة، ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود، فلأن يجوز بهذا العقد أولى.

وإذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث، ولا يضم إليها قيمة، وإن كان الموصى به هو المنفعة لم يزل ملك العين عنه؛ لأن الموصي بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث، وحبسها عنه لفوات المقصود من العين، وهو الانتفاع بها، فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه، والموصي لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث، فاعتبر خروج العين من ثلث المال.

ولهذا لو أجل المريض مرض الموت دينًا معجلًا له لا يصح إلا في الثلث، وإن كان التأجيل لا يتضمن إبطال ملك الدين، لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الأجل لم يصح إلا في قدر الثلث كذا هاهنا، وإذا كان المعتبر خروج العين من الثلث، فإن خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع، فللموصَى له أن ينتفع بها، فيستخدم العبد، ويسكن الدار ما عاش إن كانت الوصية مطلقة عن الوقت، فإذا مات الموصَى له بالمنفعة انتقلت إلى ملك صاحب العين؛ لأن الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصَى له؛ لأنها تمليك المنفعة بغير عوض كالإعارة؛ فتبطل بموت المالك، كما تبطل الإعارة بموت المستعير، على أن المنافع بانفرادها لا تحتمل الإرث، وإن كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا - رضي اللَّه عنهم - كإجارة فلأن لا يحتمل فيما هو تمليك بغير عوض أولى، بخلاف ما إذا أوصى بغلة داره، أو ثمرة نخله، فمات الموصى له، وفي النخل ثمر.

وإن كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية في المنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بأن لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار، تقسم المنفعة بين الموصى له، وبين الورثة أثلاثًا؛ ثلثها للموصى له، وثلثاها للورثة، فيستخدم الموصَى له العبد يومًا، والورثة يومين، وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها، والورثة ثلثيها ما دام الموصَى له حيًّا، فإذا مات ترد المنفعة إلى الورثة.

وحكى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى: أنه إذا أوصى بسكنى داره لرجل، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة أن الوصية باطلة؛ لأن الوصية لم تصح في الثلثين، والشيوع شائع في الثلثين، والشيوع يؤثر في المنافع كما في الإجارة، وهذا لا يتفرع على أصل ابن أبي ليلى؛ لأن الوصية بالمنافع باطلة على أصله، فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة، فلا يتحقق الشيوع، ولو أراد الورثة بيع الثلثين، أو القسمة ليس لهم ذلك عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لهم ذلك.

وجه قول أبي يوسف: أن المالك مطلق التصرف في الأصل، وإنما الامتناع لتعلق حق الغير به، وحق الغير هاهنا تعلق بالثلث لا بالثلثين؛ لأن الوصية تعلقت بالثلث لا غير، فخلا ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بها، فكان لهم ولاية البيع، والقسمة، وكذا الحاجة دعت إلى القسمة لتكميل المنفعة، ولأبي حنيفة أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع، وذلك بمنع جواز البيع كما في الإجارة، فإن رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع، ونفاذه بدون إجازة المستأجر كذا هاهنا، وكذا في القسمة إبطال حق الموصَى له.

هذا إذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت، فإن كانت مؤقتة، فإن كانت العين تخرج من ثلث ماله فإن الموصَى له ينتفع بها إلى الوقت المذكور، فإن كان المذكور سنة غير معينة، فينتفع بها الموصى له سنة كاملة، ثم يعود بعد ذلك إلى الورثة، وإن كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج، وإن لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصَى له، وبين الورثة أثلاثًا يخدم العبد يومًا للموصَى له، ويومين للورثة، فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين، وإن كانت العين الموصى بمنفعتها دارًا يسكن الموصى له ثلثها، والورثة ثلثيها يهايئان مكانًا؛ لأن التهايؤ بالمكان في الدار ممكن، وفي العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلثه لأحدهما، وبثلثيه للآخر، فمست الضرورة إلى المهايئات زمانًا، وإن كان المذكور من الوقت سنة بعينها، بأن قال: سنة كذا، أو شهر كذا، فإن كان الموصى به خدمة العبد، فإن كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر، وإن لم يكن له مال آخر، ففي العبد ينتفع به الورثة يومين والموصَى له يومًا، وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها، والورثة ثلثيها على طريق المهايأة، فإذا مضت تلك السنة، أو ذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصَى له منفعة السنة أو الشهر، ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى، أو من شهر آخر ليس له ذلك؛ لأن الوصية أضيفت إلى تلك السنة، أو ذلك الشهر لا إلى غيرهما.

ولو عين الشهر الذي هو فيه أو السنة التي هو فيها بأن قال: هذا الشهر، أو هذه السنة ينظر

إن مات بعد مضي ذلك الشهر، أو تلك السنة بطلت وصيته؛ لأن الوصية نفاذها عند موته، وقد مضى ذلك الشهر، أو تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية، وإن مات قبل أن يمضي ذلك الشهر أو السنة، فإن كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فما بقي من الشهر أو السنة، وإن كانت لا تخرج، وليس له مال آخر ففي العبد ينتفع بها الموصى له يومًا والورثة يومين إلى أن يمضي ذلك الشهر أو السنة، وفي الدار يسكناها أثلاثًا على طريق المهايأة على ما بينًا، ولو أوصى بخدمة عبده لإنسان، وبرقبته لآخر، أو بسكنى داره لإنسان، وبرقبتها لآخر، والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة كلها لصاحب الخدمة؛ لأن المنفعة لما احتملت الإفراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة، والموصَى له المنفعة، فيستوي فيها الإفراد باستيفاء الرقبة لنفسه، وتمليكها من غيره، فيكون أحدهما موصًى له بالرقبة، والآخر بالمنفعة؛ فإذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة الرقبة، وصاحب المنفعة المنفعة.

وكذلك إذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لإنسان، وبثمرته لآخر، أو برقبة أرض لرجل، وبغلتها لآخر، أو بأمة لرجل، وبما في بطنها لآخر؛ لأن الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الإفراد بالوصية، فلا فرق بين أن يستبقي الأصل لنفسه، وبين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا في الوصية بالمنفعة، وسواء كان الموصَى به موجودًا وقت كلام الوصية، أو لم يكن موجودًا عنده، فالوصية جائزة إلا إذا كان في كلام الموصي ما يقتضي الوجود للحال، فتصح الوصية بثلث ماله، ولا مال له عند كلام الوصية.

وكذا تصح الوصية بغلة بستانه، أو بغلة أرضه، أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده، أو بسكنى داره، أو بخدمة عبده، وتصح الوصية بما في بطن جاريته، أو دابته، وبالصوف على ظهر غنمه، وباللبن في ضرعها، وثمرة بستانه، وثمرة أشجاره، وإن لم يكن شيء من ذلك موجودًا للحال.

وأمَّا وجوده عند موت الموصي، فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة؟

أمَّا في الثلث والعين المشار إليها فشرط، حتى لو أوصى بثلث ماله، وله مال عند تلفظه بالوصية، ثم هلك، ثم مات الموصي بطلت الوصية، وكذلك الوصية بما في البطن، والضرع، وبما على الظهر من الصوف، واللبن، والولد، حتى لو مات الموصي بطلت الوصية إذا لم يكن ذلك موجودًا وقت موته، وأما في الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانًا، والقياس أن يكون شرطًا، ولا يشترط ذلك في الوصية بغلة الدار، والعبد، والحاصل أن جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصي، والذي يوجد بعد موته سواء ذكر

الموصي في وصيته الأبد أو لم يذكر، وهو الوصية بالغلة، وسكنى الدار، وخدمة العبد، وبعضها يقع على الموجود قبل الموت، ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الأبد أو لم يذكر، وهو الوصية بما في البطن، والضرع، وبما على الظهر، فإن كان في بطنها ولد، وفي ضرعها لبن، وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصي فالوصية جائزة، وإلا فلا، وفي بعضها إن ذكر لفظ الأبد يقع على الموجود، والحادث، وإن لم يذكر، فإن كان موجودًا وقت موت الموصي يقع على الموجود، ولا يقع على الحادث، وإن لم يكن موجودًا فالقياس أن تبطل الوصية كما في الصوف، والولد، واللبن، وفي الاستحسان: لا تبطل، وتقع على ما يحدث كما لو ذكر الأبد، وهذه الوصية بثمرة البستان.

والشجر إنما كان كذلك؛ لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث، أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة، والحادث من الولد وأخواته لا يجري فيه الإرث، ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية، بخلاف الغلة، فإن له نظيرًا في العقود، وهو عقد المعاملة، والإجارة، وكذلك سكنى الدار، وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الإجارة والإعارة فكان لهما نظير في العقود.

ومنها التقدير بثلث المال إذا كان هناك وارث، ولم يجز الزيادة، فلا تجوز الزيادة على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد ﷺ أنه قال لرسول الله ﷺ: أوصي بجميع مالي؟ فقال: « لا »، فقال: فبثلثيه؟ فقال: « لا »، فقال: فبنصفه؟ قال عليه الصلاة والسلام: « لا »، قال: فبثلثه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: « الثلث، والثلث كثير! إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »[1]، وقوله عليه الصلاة والسلام: « إن الله - تبارك وتعالى - تصدق عليكم بثلث أموالكم آخر أعماركم زيادة في أعمالكم »؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسواء كانت وصيته في المرض، أو في الصحة؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام. واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا أنه وقت تعلق حق الورثة بالتركة؛ إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى، وهو الثلث، والفرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح، حديث رقم: (١٩١)، ٢/ ٨٢، وابن ماجه في السنن، حديث رقم: (١٤٣٦)، ١/ ٤٦٢، وأحمد في المسند، حديث رقم: (١٤٢٢٢)، ٣/ ٢٩٨، والحديث صححه البخاري.

المعتبر هناك وقت العقد، فإن كان صحيحًا تجوز في جميع ماله، وإن كان مريضًا لا تجوز إلَّا في الثلث؛ لأن الهبة والصدقة كل واحد منهما إيجاب الملك للحال فيعتبر فيهما حال العقد، فإذا كان صحيحًا فلا حق لأحد في ماله فيجوز من جميع المال، وإذا كان مريضًا كان حق الورثة متعلقًا بماله، فلا يجوز إلا في قدر الثلث، وكذا الإعتاق في مرض الموت، والبيع، والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه، وإبراء الغريم، والعفو عن دم الخطأ، يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة؛ لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث.

***

● **(مادة ٨٨): يجوز لمن لا دين عليه ولا وارث له أن يوصي بماله كله أو بعضه لمن[1] يشاء[2].**

تناول المؤلف في هذه المادة وصية من لا وارث له، ولا دين عليه بماله كله أو بعضه،

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: المشهور أن الوصية لا تنفذ إلَّا من الثلث، ولكن هذا ليس على إطلاقه، بل المقام يحتاج إلى تفصيل، وبيانه:

الموصي إمَّا أن يكون غير مدين، وإمَّا أن يكون مدينًا.

فإن كان مدينًا فإما أن يكون دينه مستغرقًا لتركته، وإما أن يكون غير مستغرق لها، وعلى كلٍّ فإما أن يكون الموصَى له وارثًا للموصي أو غير وارث، وفي كل هذه الأحوال إما أن تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه، وكل له حكم يخصه، وبيانه:

أنه إن كان الموصي غير مدين أصلًا، وكانت الوصية لأجنبي ولا وارث له نفذت الوصية، ولو استغرقت جميع تركته، ولا حق لبيت المال في المعارضة؛ لأن الوصية بأكثر من الثلث مقدمة عليه.

(٢) في جامع الفصولين: أوصى بوصايا وعليه دين، فباع بعض ورثته بعض تركته ووَفَّى دينه وأنفذ وصاياه؛ فالبيع فاسد إلا أن يبيعه بأمر القاضي، وفيها: للوارث أن يأكل ويطأ لو في غيرها وفاء بدينه، ولا وارث سواه فيها، ولو باع وارث كبير شيئًا من التركة ليس بوصية نقضه إن كان في يده شيء غير ذلك يستطيع أن يبيعه وينفذ منه دينه ووصاياه.

انظر: جامع الفصولين: ٢/ ٣٣، الفتاوى الهندية: ٥/ ٢٢١، الاختيار: ٤/ ١٢٨، ١٥٨، بداية المجتهد: ٢/ ٣٣٦، الكافي لابن عبد البر: ص: ٥٤٣.

وقال البهوتي: «وتكره وصية فقير عرفًا؛ لأن وارثه محتاج؛ لأنه عدل عن أقاربه المحاويج إلى الأجانب، وتجوز الوصية بالكل لمن لا وارث له، روي عن ابن مسعود؛ لأن المنع فيما زاد عن الثلث لحق الورثة فإذا عدموا زال المانع». انظر: الروض المربع: ص: ٣٤٦.

ويقول الخرقي: «ومن أوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى له فجائز، وقد روي عن أبي عبد اللّه رواية أخرى: لا يجوز إلا الثلث، يقول ابن قدامة: اختلفت الرواية عن أحمد في من لم يخلف من وارثه عصبة ولا ذا فرض، فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله؛ ثبت هذا عن ابن مسعود، وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق، والرواية الأخرى: لا يجوز إلا الثلث، وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري؛ لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثًا، ولنا: أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، وهاهنا لا وارث له، يتعلق حق بماله فأشبه حال الصحة، ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث». انظر: المغني لابن قدامة: ٦/ ١٢٤.

وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن شروط صحة الوصية.

وفي البداية يجب أن نشير إلى أن الوصية للأجنبي تصح بالثلث من غير إجازة الوارث، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسواء كانت وصيته في المرض، أو في الصحة؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت، فيعتبر وقت الموت لا وقت إنشاء الوصية.

واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا أنه وقَّت تعلق حق الورثة بالتركة؛ إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى، وهو الثلث، وهذا فرق ما بين الوصية، وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة؛ إذ المعتبر في هذه وقت العقد، فإن كان صحيحًا تجوز في جميع ماله.

وأمَّا الوصية بما زاد على الثلث: فلو أوصى بما زاد على الثلث، ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا، وعند الشافعي: لا تجوز إلا من الثلث، وكذلك إذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث؛ لأن امتناع النفاذ في الزيادة لحقه، وإلا فالمنفذ للتصرف، وهو الملك قائم فإذا أجاز فقد زال المانع، ثم إذا جازت بإجازته؛ فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصي لا من قبل الوارث، فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصي، لا جواز عطية من الوارث، وهذا قول أصحابنا - رضي اللَّه عنهم.

وقال الشافعي - رحمه اللَّه -: جوازها جواز هبة، وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده، وعندنا: لا يقف.

وجه قوله: أن النفاذ لما وقف على إجازة الوارث دل أن الإجازة هبة منه، والدليل عليه أن الوارث لو أجاز الوصية في مرض موته تعتبر إجازته من ثلثه، وثبت أن التمليك منه.

ولنا أن الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه، والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الأهل في المحل، وإنما الامتناع لمانع، وهو حق الوارث، فإذا أجاز فقد أزال المانع، وينفذ بالسبب السابق لا بإزالة المانع؛ لأن إزالته شرط، والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط، ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط؛ لأن الشروط كلها شروط الأسباب، لا شروط الأحكام على ما عرف في أصول الفقه، وقد خرج الجواب عما ذكر.

وعليه فيجوز لمن لا دين عليه ولا وارث له أن يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء.

***

● **(مادة ٨٩) : من كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته إلا أن يبرئه غرماؤه[1].**

تناول المؤلف في هذه المادة وصية المدين بعد أن تكلم في المادة السابقة عن

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: إن كان الموصي مدينًا بدين مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته تبلغ مائتي جنيه، وتركته لا تساوي إلا هذا المبلغ فلا تنفذ الوصية، سواء كان الموصى به قليلًا أو كثيرًا، وسواء كان الموصى له أجنبيًّا من الموصي أو وارثًا له، ولكن لو أبرأ الدائنون الموصي نفذت الوصية، سواء كانت بجزء من التركة أو بكلها، ولا عبرة بإذن الورثة وعدمه في حالة الدين؛ لأن الحق للدائنين؛ إذ إن قضاء الديون مقدم على الوصية، والوصية مقدمة على الإرث.

وإن كان الموصي مديناً، ولكن الدين لا يستغرق التركة بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته تساوي مائتي جنيه وتركته تساوي خمسمائة جنيه، فيخرج من التركة أولًا مقدار الدين؛ لأن قضاءه مقدم على الوصية، ويحكم على المبلغ الذي زاد عن الدين بالحكم على الوصية في حالة ما إذا كانت التركة خالية من الدين، وعمن تجوز وصيته لا بد من إخراج الكفن ومؤنة القبر، ثم قال: « وبعد قضاء ديونه؛ لأنه لا ميراث ولا وصية إلا بعد أداء الدين ». انظر: الكافي، ص : ٥٤٣، ٥٤٦، الاختيار : ٤/ ١٥٨، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٢١.

والإجماع أن التركة إذا اجتمع فيها دين ووصية، فإنه يقدم الوفاء بالدين أولًا، فإن بقي شيء من التركة نفذت الوصية، وإن لم يبق منها شيء لم تنفذ؛ وذلك لأن الدين واجب والوصية تبرع، والواجب مقدم على التبرع، ولكن هل تصح وصية المدين بدين مستغرق أم لا؟ وإذا كانت وصيته صحيحة فهل تعتبر نافذة؟

قرر الفقهاء أن وصية المدين بدين مستغرق لتركته صحيحة، ولكنها غير نافذة، بمعنى أنها لا تنتج آثارها، بل تكون موقوفة على إبراء الدائنين لذمة الموصي من الديون، فإن أبرؤوه منها كلها أو بعضها وصار للموصي مال غير محمل بالديون نفذت وإلا فلا.

قال في البدائع: ومنها أن لا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته فإن كان لا تصح وصيته؛ لأن اللّه ﷻ قدم الدين على الوصية والميراث في قوله: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾، وقوله: ﴿ مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾، ﴿ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾، ولما روي عن سيدنا علي ﷺ قال: « إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول اللّه ﷺ يبدأ بالدين قبل الوصية »، وفيه أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم، وروي أنه قال لابن عباس: « إنك تأمر بالعمرة قبل الحج، وقد بدأ اللّه تعالى بالحج؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِ ﴾، فقال: كيف تقرؤون آية الدين؟ فقالوا: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾، فقال: وبماذا تبدأون؟ قالوا: بالدَّين، قال: هو ذلك ».

ولأن الدين واجب والوصية تبرع، والواجب مقدم على التبرع، ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضي الدين أولًا، فإن فضل منه شيء يصرف إلى الوصية والميراث. انظر: بدائع الصنائع : ٧/ ٤٩٤، ٤٩٥.

ويشترط لنفاذ الوصية في هذه الحالة أن تكون في حدود ثلث المال الذي آل إلى الموصي غير محمل بالديون، فإن زادت عن الثلث لم تنفذ في القدر الزائد عليه إلا بإجازة الورثة، هذا إذا كان مدينًا بدين مستغرق لتركته، أما إذا كان مديناً بدين غير مستغرق لتركته أو أوصى بشيء من التركة، فهناك حالتان:

أ- أن تكون الوصية بمقدار شائع في التركة، وأن تكون الوصية نافذة إذا كانت في حدود ثلث القدر الخالي من الديون، فإن زادت على ذلك فلا تنفذ في القدر الزائد إلا بإجازة الورثة.

ب- أن تكون الوصية بعين معينة تعلق بها حق لأحد الدائنين، وفي هذه الحالة يقدم حق الدائنين على حق الموصَى له، =

وصية من لا وارث له ولا دين عليه بماله كله أو بعضه.

وقد ذكرنا أنه يشترط لصحة الوصية أن لا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته، فإن كان لا تصح وصيته؛ لأن اللَّه - تبارك وتعالى - قدم الدين على الوصية، والميراث؛ لقوله - تبارك وتعالى - في آية المواريث: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء: ١٢] و ﴿ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾، و ﴿ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ ﴾.

ولما روي عن سيدنا علي - رضي اللَّه تعالى عنه - أنه قال: إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول اللَّه ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية، أشار سيدنا علي ﷺ إلى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم، وروي أنه قال لابن عباس - رضي اللَّه عنهما-: إنك تأمر بالعمرة قبل الحج، وقد بدأ اللَّه - تبارك وتعالى - بالحج، فقال تبارك وتعالى: ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِۚ ﴾ [البقرة: ١٩٥]، فقال ﷺ: كيف تقرؤون آية الدين؟ فقالوا: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء: ١١]، فقال: وبماذا تبدؤون قالوا: بالدين، قال ﷺ: هو ذاك؛ ولأن الدين واجب، والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع، ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أوَّلًا، فإن فضل منه شيء يصرف إلى الوصية والميراث، وإلا فلا.

وأما معنى تقدم الوصية على الميراث، فليس معناه أن يخرج الثلث، ويعزل عن التركة، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة؛ لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة، والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كأنه واحد من الورثة، ويستحق منه الورثة ثلثيه، ويكون فرضهما معًا لا يقدم أحدهما على الآخر، حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعًا، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقي؛ بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى على الحقين، كما إذا هلك شيء من المواريث بعد الوصايا، بخلاف الدين، فإنه إذا هلك بعض التركة،

=فيستوفي الدائن دينه من ثمن هذه العين، وينتقل حق الموصى له إلى التركة فيستوفي منها مقدار الدين الذي استوفاه الدائن من ثمن العين الموصى بها، بشرط ألا يزيد ما يأخذه الموصى له عن ثلث التركة بعد سداد الديون، وجاء في حاشية الشلبي: «ولا تصح وصية المديون إن كان الدين محيطاً بماله، إلا أن يبرئ الغرماء الموصي من الدين، فحينئذ تجوز وصيته من الثلث أو في أكثر منه على تقدير إجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع، وهو الدين». انظر: حاشية الشلبي على شرح الزيلعي على الكنز: ٦/ ١٨٥.

قال في الفتاوى الهندية: «إذا اقتسم الورثة دار الميت أو أرض الميت وعلى الميت دين، فجاء الغريم يطلب الدين، فإن لهم أن ينقضوا القسمة سواء كان الدين قليلًا أو كثيرًا، وإذا طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به، وصاحب الدين غائب، فإن كان الدين مستغرقًا التركة فالقاضي لا يقسمها بينهم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة فلا يكون في القسمة فائدة». انظر: الفتاوى الهندية: ٥/ ٢٢١.

وبقي البعض يستوفي كل الدين من الباقي، وإنما معناه أنه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولًا لتظهر سهام الورثة، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولًا ليظهر الفاضل للعصبة، ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ ﴾ [النساء: ١٠] إلى قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ ﴾ [النساء: ١٢]؛ أي سوى ما لكم أن توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى.

وعليه فمن كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته إلا أن يبرئه غرماؤه؛ لأن الدين مقدم على الوصية بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾؛ لأنه أهم لكونه فرضًا، والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وإن كان فرضًا لكن حق العبد مقدم، وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت، فتكون الوصية به كالتبرع، فإن أبرأه غرماؤه فحينئذٍ تجوز وصيته في الثلث أو في أكثر منه على تقدير إجازة الورثة أو عدمها؛ لعدم المانع وهو الدين.

***

(مادة ٩٠) : لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازتها الورثة الآخر بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع[1].

تناول المؤلف في هذه المادة حكم الوصية للوارث، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن وصية المديون.

وقد ذكرنا أنه يشرط لصحة الوصية أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي،

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: إن كان الموصي غير مدين وكانت الوصية لوارث وللموصي ورثة سواه، فلا تنفذ الوصية في شيء من التركة إلا إذا أجازها الورثة، وهم من أهل التبرع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا وصية لوارث، إلا أن تجيزها الورثة »، ولما في نفاذها بدون إجازتهم من إثارة الحقد الموجب لقطع الرحم، وربما جر ذلك إلى ما عاقبته وخيمة، بخلاف ما إذا أذن الورثة بذلك، فإن أخذ القدر الموصي به يكون عن طيب خاطر، فلا يحصل التحاسد ولا التباغض، وإذا لم يأذنوا فلا تباغض؛ لأن كل ذي حق قد أخذ حقه بلا تفاضل بينهم.

ويعتبر كون الموصى له وارثًا أو غير وارث وقت موت الموصي، لا وقت الوصية؛ لأن التملك إنما يكون بعد الموت، فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله.

وينبني على ذلك: أنه لو كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم، فأوصى لأخيه بثلث ماله ثم ولد له ابن بعد الوصية، وتوفي الموصي والكل موجودون استحق الأخ الوصية، وإن كان وارثًا وقت الوصية؛ لعدم وجود من يحجبه، ولكنه صار محجوبًا وقت موت الموصي لوجود الابن، فهو غير وارث وقت موت الموصي فيستحق الوصية؛ لأنه هو المعول عليه في الاستحقاق دون غيره، حتى لو كان غير وارث وقت الوصية، ثم صار وارثًا وقت موت الموصي بطلت الوصية؛ لكون الموصى له وارثًا وقت الموت، فاعتبار صحة الوصية وعدم صحتها مترتب على كون الموصَى له وارثًا أو غير وارث وقت الموت لا غير، ولا عبرة باتصافه بالإرث، وعدم اتصافه به قبل موت الموصي.

فإن كان لا تصح الوصية؛ لما روي عن أبي قلابة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»، وفي هذا حُكي أن سليمان بن الأعمش كان مريضًا، فعاده أبو حنيفة فوجده يوصي لابنيه، فقال أبو حنيفة: إن هذا لا يجوز، فقال: ولم يا أبا حنيفة؟ فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لوارث».

فقال سليمان: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة، فقد نفى الشارع - عليه الصلاة والسلام - أن يكون لوارث وصية نصًّا، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث على ما بينًّا فيما تقدم؛ ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة، وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم؛ فيؤدي إلى قطع الرحم، وإنه حرام، وما أفضى إلى الحرام، فهو حرام دفعًا للتناقض، ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية، حتى لو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية، ثم مات قبل موت الموصي، ثم مات الموصي لم تصح الوصية؛ لأن الموصى له، وهو الأخ صار وارث الموصي عند موته، ولو أوصى لأخيه ولا ابن له وقت الوصية، ثم ولد له ابن، ثم مات الموصي صحت الوصية؛ لأن الأخ ليس بوارثه عند الموت؛ لصيرورته محجوبًا بالابن، وإنما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته؛ لأن الوصية ليست بتمليك للحال؛ ليعتبر كونه وارثًا وقت وجودها، بل هي تمليك عند الموت، فيعتبر ذلك عند الموت، وكذلك الهبة في المرض بأن وهب المريض لوارثه شيئًا، ثم مات يعتبر كونه وارثًا له وقت الموت لا وقت الهبة؛ لأن هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث.

ولا بد للورثة التي تتوقف على إجازتهم وصية وارث غيرهم أن يكونوا ممن يملكون التبرع، بأن يكونوا كبارًا عقلاء، فلم تجز إجازة صغير ومجنون.

***

● (مادة ٩١): تجوز الوصية بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع، ولا عبرة بإجازتهم في حال[1] حياته[2].

تناول المؤلف في هذه المادة الشروط الواجب توافرها في إجازة الورثة في حالة زيادة

(١) في طبعة دار الفرجاني: «حالة»، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان الموصي غير مدين وكان له ورثة، وكان الموصى له أجنبيًا بأن كان غير وارث له وقت موته؛ فالوصية بقدر الثلث جائزة ولو لم يجزها الورثة، ومثل هذا إذا كانت بأقل من الثلث فهي مستحبة، وإن كانت =

الوصية عن الثلث، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الوصية للوارث.

وقد سبق أن ذكرنا أن الوصية للأجنبي تصح بالثلث من غير إجازة الوارث، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسواء كانت وصيته في المرض، أو في الصحة؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت، فيعتبر وقت الموت لا وقت إنشاء الوصية، واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث، لما ذكرنا أنه وقت تعلق حق الورثة بالتركة؛ إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى وهو الثلث، فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات، كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد، فإن كان صحيحًا تجوز في جميع ماله.

ولهذا كانت إجازة الورثة إسقاطًا لحقهم، وهذا الإسقاط تبرع، فلا بد أن يشترط فيه ما يشترط في التبرع بأن يكون المجيز من أهل التبرع، وذلك أن يكون عاقلًا بالغًا، وإنما يعتبر كونه وارثه أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية على العكس.

ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها قبل ثبوت الحق؛ إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته، بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن الساقط متلاش.

وكل ما جاز بإجازة الوارث، فإنه يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا؛ لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع، وليس من شرطه القبض، وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن.

=بأزيد من الثلث توقف نفاذ الزائد على إجازة الورثة.

والأصل في ذلك ما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: جاء رسول اللّه ﷺ يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول اللّه قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أما أوصي بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قلت: فالنصف يا رسول اللّه؟ قال: «لا»، قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير - أو: كبير - إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

وقد علم حكم ما إذا أجاز كل الورثة من أن الوصية تكون نافذة من جميع التركة، أمَّا إن أجازها بعضهم وردها الباقي، فتكون الوصية في حق من أجاز، كأن كلهم أجازوها، وفي حق من لم يجز كأن الكل لم يجيزوها، فإذا فرضنا أن إنسانًا أوصى لآخر بنصف ماله، ثم مات وله ابنان فإن أجاز كل منهما الوصية قسم ماله أرباعًا: للموصى له ربعان، ولكل ولد ربع، وإن لم يجيزا الوصية فللموصى له الثلث ولكل ولد ثلث، وإن أجازها واحد منهما ولم يجز الآخر جازت في حق الذي أجاز فيعطى له ربع المال وبطلت بالنسبة لمن لم يجزها، فتقسم التركة اثني عشر جزءًا؛ لأنه أقل عدد يكون له ثلث وربع صحيح، فيأخذ المجيز ثلاثة ويأخذ غير المجيز أربعة، والباقي وهو خمسة، يأخذه الموصى له.

● **(مادة ٩٢) : اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية، فتجوز الوصية من المسلم للذمي والمستأمن، ومنهما للمسلم[١].**

تناول المؤلف في هذه المادة حكم اختلاف الدين والملة في الوصية، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن الشروط الواجب توافرها في إجازة الورثة في حالة زيادة الوصية عن الثلث.

والشرط لصحة الوصية: أن لا يكون الموصى له حربيًّا غير مستأمن، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي؛ لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون إعانة له على الحرب، وإنه لا يجوز، وأما كونه مسلمًا، فليس بشرط حتى لو كان ذميًّا، فأوصى له مسلم أو ذمي جاز، وكذا لو أوصى ذمي ذميًّا؛ لقوله ﷺ: « **لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين** »[٢]. وللمسلم أن يوصي مسلمًا أو ذميًّا كذا لهم، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث؛ ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم، وذا لا يمنع جواز الوصية، فهذا أولى، وإن كان مستأمنًا، فأوصى له مسلم أو ذمي ذكر في الأصل أنه يجوز؛ لأنه في عهدنا، فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا، وتجوز الوصية للذمي، وكذا الحربي المستأمن.

وروي عن أبي حنيفة ﷺ أنه لا يجوز، ويتفق ذلك مع ما ذهب إليه الأحناف في أنه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والأضحية إلى الحربي المستأمن؛ لما فيه من الإعانة على الحرب، ويجوز صرفها إلى الذمي؛ لأنا ما نهينا عن بر أهل الذمة؛ لقوله ﷻ: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ﴾ [الممتحنة: ٨].

---

(١) لا يشترط اتحاد الدين في الموصي والموصى له، وينبني على ذلك: أن الوصية تصح من المسلم للمسلم ومن المسلم للذمي والمستأمن؛ لأن اللـه لم ينهنا عن بر غير الحربيين، قال تعالى: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ [الممتحنة: ٨].

ولكن لا يجوز للحربي؛ لأننا نهينا عن بره، بدليل قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [الممتحنة: ٩]، وكما تجوز الوصية من المسلم للذمي والمستأمن، كذلك تصح وصية كل منهما للمسلم، وتتبع جميع الأحكام المتقدمة في وصية المسلم للمسلم، وقد أجاز الحنابلة وبعض الأحناف وكثير من الشافعية الوصية للحربي، ورأوا صحتها مستدلين بالقياس على الهبة التي تصح للمسلم والذمي والحربي، فكذلك الوصية؛ لأن كلًّا منهما يفيد التمليك. المحلى على المنهاج : ٣/ ١٥٩، وهو ما جاء في المادة التاسعة من قانون الوصية المصري الصادر في (١٩٤٦م)، ونصها: « تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع قوانينه من الوصية لمثل هذا الموصي ».

(٢) سنن أبي داود : ٣/ ٤٤.

وقيل: إن في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا، فالوصية له على تلك الروايتين أيضًا، وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز؛ لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى اللَّه ﷻ بإخراج ماله إلى اللَّه ﷻ لا التمليك إلى أحد، ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية، فهو باطل؛ لأنه معصية، ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة، أو لكنيسة أن ينفق عليها في إصلاحها، أو أوصى لبيت النار، أو أوصى بأن يذبح لعيدهم، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة؛ جاز في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز، وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة أنها لا تخلو إما إن كان الموصى به أمرًا، هو قربة عندنا وعندهم، أو كان أمرًا هو قربة عندنا لا عندهم، أو كان أمرًا هو قربة عندهم لا عندنا.

فإن كان الموصى به شيئًا هو قربة عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة، أو بعتق الرقاب، أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعًا؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة.

وإن كان شيئًا هو قربة عندنا، وليس بقربة عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه، أو أوصى أن يبني مسجدًا للمسلمين، ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعًا؛ لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم، فكان مستهزئًا في وصيته، والوصية يبطلها الهزل، وإن كان شيئًا هو قربة عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة، أو بيت نار أو بعمارة البيعة، أو الكنيسة، أو بيت النار، أو بالذبح لعيدهم، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة؛ فهو على الاختلاف الذي ذكرنا فعند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - يجوز، وعندهما: لا يجوز.

وجه قولهما: أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية، والوصية بالمعاصي لا تصح. وجه قول أبي حنيفة: أن المعتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم، لا ما هو قربة حقيقة؛ لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقة؛ ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا، وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته؛ كالحج وبناء المسجد للمسلمين، فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم، وقد وجد ولكنا أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون، كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم.

ولو بنى الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثًا بين ورثته في قولهم جميعًا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما، فظاهر؛ لأنه معصية، وأما عنده فلأنه بمنزلة الوقف. والمسلم لو جعل دارًا وقفًا إن مات، صارت ميراثًا كذا هذا، فإن قيل: لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين، فالجواب أن حال المسجد يخالف

حال البيعة؛ لأن المسجد صار خالصًا للَّه - تبارك وتعالى -، وانقطعت عنه منافع المسلمين، وأما البيعة فإنها باقية على منافعهم، فإنه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم، فكانت باقية على منافعهم، فأشبه الوقف فيما بين المسلمين، والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده، فكذا هذا، ولو أوصى مسلم بغلة جاريته أن تكون في نفقة المسجد ومؤنته فانهدم المسجد، وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه؛ لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدًا، وقد أوصى له بغلتها، فتنفق في بنائه وعمارته، واللَّه ﷻ أعلم.

لهذا يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم، فالأول: لقوله تعالى: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ ﴾ الآية، والثاني: لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحياة من الجانبين، فكذا المضاف إلى ما بعد الممات، وفي الجامع الصغير: الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ [الممتحنة: ٩]، وقال في النهاية: ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم.

ووجه التوفيق: أنه لا ينبغي أن يوصي لهم، وإن فعل ثبت الملك لهم؛ لأنهم من أهل الملك. والمستأمن كالذمي في حق الوصية؛ لأن له أن يملكه المال حال حياته فكذا مضافًا إلى ما بعد مماته.

والفرق بين الوصية والميراث في هذا، فالإرث لا يجري مع اختلاف الدين؛ لأن الإرث طريقه طريق الولاية والخلافة، على معنى أنه يبقى للوارث المال الذي كان للمورث، واختلاف الدين يقطع الولاية، فأما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ؛ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مغرورًا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث.

•••

● (مادة ٩٣) : لا يملك الموصى به إلا بقبول الوصية صراحة أو دلالة، كموت الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد، ولا يصح قبولها إلا بعد موت الموصي، فإن قبل الموصى له بعد موت الموصي ثبت له ملك الموصَى به، سواء قبضه أو لم يقبضه.

فإن مات بعد موت الموصي قبل القبول أو الرد انتقل الموصى به إلى ملك ورثته[1].

---

(١) يقصد بالقبول: الكشف عن رغبة الموصى له في انتقال ملكية الموصَى به إليه، فكل ما يصدر عنه من قول أو فعل يدل على الرضا بالوصية يعد قبولًا، وهو نوعان: صريح، وهو ما أفاد التعبير عن الرضا بلفظ واضح لا لبس فيه ولا غموض، كأن يقول: قبلت الوصية أو رضيتها، والآخر: القبول دلالة أو ضمنًا، وهو كل فعل أو تصرف يدل على الرضا بالوصية، كأن يقوم الموصى له ببيع الموصَى به أو إقراضه أو إعارته أو إجارته.

ويرى جمهور الفقهاء: أن قبول الموصى له شرط نفاذ الوصية ولزومها وترتب آثارها، حتى لا يدخل في ملك الإنسان شيء =

المادة السابقة أن أحد أسباب وجوب الشفعة الشركة، ولم يذكر أنواعها في المادة السابقة،

=فتكون قد اتبعت الخبر، وإن لم يحتمل فلا تجعل الشفعة في غيره، وقال بعض المشرقيين: الشفعة للجار وللشريك إذا كان الجار ملاصقًا، أو كانت بين الدار المبيعة والدار التي له فيها الشفعة رحبة ما كانت إذا لم يكن فيها طريق نافذة، وإن كان فيها طريق نافذة إن ضاقت فلا شفعة للجار، قلنا لبعض من يقول هذا القول: على أي شيء اعتمدتم؟ قال: على الأثر، أخبرنا سفيان بن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول اللّـه ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه» فقيل له: فهذا لا يخالف حديثنا، ولكن هذا جملة وحديثنا مفسر، قال: وكيف لا يخالف حديثكم؟ قلنا: الشريك الذي لم يقاسم يسمى جارًا، ويسمى المقاسم، ويسمى من بينك وبينه أربعون دارًا، فلم يجز في هذا الحديث إلا ما قلنا من أنه على بعض الجيران دون بعض، فإذا قلناه لم يجز ذلك لنا على غيرنا إلا بدلالة عن رسول اللّـه ﷺ، فلما قال رسول اللّـه ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»، دل هذا على أن قوله في الجملة: «الجار أحق بسقبه» على بعض الجيران دون بعض، وأنه الجار الذي لم يقاسم، فإن قال: وتسمي العرب الشريك جارًا؟ قيل: نعم كل من قارب بدنه بدن صاحبه قيل له: جار، قال: فادللني على هذا، قيل له: قال حمل بن مالك بن النابغة: «كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فألقت جنينًا ميتًا، فقضى فيه رسول اللّـه ﷺ بغرة»، وقال الأعشى لامرأته: أجارتنا بيني فإنك طالقة، فقيل له: فأنت إذا قلت هو خاص على بعض الجيران دون بعض لم تأت فيه بدلالة على النبي ﷺ، ولم تجعله على من لزمه اسم الجوار، وحديث إبراهيم بن ميسرة لا يحتمل إلا أحد المعنيين، وقد خالفتهما معًا، ثم زعمت أن الدار تباع وبينها وبين دار الرجل رحبة فيها ألف ذراع فأكثر، إذا لم يكن فيها طريق نافذة فيكون فيها الشفعة، وإن كانت بينهما طريق نافذة عرضها ذراع لم تجعل فيها الشفعة، فجعلت الشفعة لأبعد الجارين ومنعتها أقربهما، وزعمت أن من أوصى لجيرانه قسمت وصيته على من كان بين داره وداره أربعون دارًا فكيف لم تجعل الشفعة على ما قسمت عليه الوصية إذا خالفت حديثنا؟ وحديث إبراهيم بن ميسرة الذي احتججت به؟ قال: فهل قال بقولكم أحد من أصحاب النبي ﷺ؟ قلنا: نعم ولا يضرنا بعد إذ ثبت عن النبي ﷺ أن لا يقول به أحد، قال: فمن قال به؟ قيل: عمر ابن الخطاب - رضي اللّـه تعالى عنه - وعثمان - رضي اللّـه تعالى عنه - وقال بعض التابعين: عمر بن عبد العزيز - رحمة اللّـه تعالى عليه - وغيره.

وجاء في الإنصاف: ٦/ ٢٥٥: المقسوم المحدود لا شفعة لجاره فيه، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم، وقيل: تثبت الشفعة للجار، وحكاه القاضي يعقوب في التبصرة، وابن الزاغوني عن قوم من الأصحاب رواية، قال الزركشي: وصححه ابن الصيرفي، واختاره الحارثي فيما أظن، وأخذ الرواية من نصه في رواية أبي طالب ومثنى: لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار، قال الحارثي: والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد - رحمه اللّـه - قال في الفائق: وهو مأخذ ضعيف. وقيل: تجب الشفعة بالشركة في مصالح عقار، اختاره الشيخ تقي الدين - رحمه اللّـه - وصاحب الفائق، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد - رحمه اللّـه - في رواية أبي طالب، وقد سأله عن الشفعة فقال: إذا كان طريقهما واحدًا شركاء لم يقتسموا، فإذا صرفت الطرق، وعرفت الحدود فلا شفعة، وهذا هو الذي اختاره الحارثي، لا كما ظنه الزركشي، من أنه اختار الشفعة للجار مطلقًا، فإن الحارثي قال: ومن الناس من قال بالجواز، لكن بقيد الشركة في الطريق، وذكر ظاهر كلام الإمام أحمد المتقدم، ثم قال: وهذا الصحيح الذي يتعين المصير إليه، ثم ذكر أدلته، وقال: في هذا المذهب جمع بين الأخبار، دون غيره؛ فيكون أَوْلَى بالصواب.

فوائد: منها: شريك المبيع أَوْلَى من شريك الطريق على القول بالأخذ، قاله الحارثي: ومنها: عدم الفرق في الطريق بين كونه مشتركًا بملك، أو باختصاص؛ قدمه الحارثي، وقال: ومن الناس من قال: المعتبر شركة الملك، لا شركة الاختصاص، وهو الصحيح، ومنها: لو بيعت دار في طريق لها درب في طريق لا ينفذ، فالأشهر: تجب، إن كان للمشتري طريق غيره، أو أمكن فتح بابه إلى شارع؛ قاله في الفروع، وجزم به في التلخيص وغيره، وقدمه في الشرح وغيره، وقيل: لا شفعة بالشركة فيه فقط، ومال إليه المصنف، والشارح، وقيل: بلى، وأطلقهما في الفروع، وإن كان نصيب المشتري فوق حاجته، =

بل ذكرها في هذه المادة وأنها عند الأحناف على نوعين:

النوع الأول: شركة في ملك نفس العقار المبيع أو ما في حكمه كالعلو، قال في الكافي: العلو يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفل، وإن لم يكن طريق العلو في السفل؛ لأنه التحق بالعقار بما له من حق القرار؛ لأن حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول، فتستحق به الشفعة كالعقار.

قال في الذخيرة: فإن كان طريقه في السفل، فالشفعة بسبب الشركة في الطريق، وإن كان طريقه في السكة العظمى فبسبب الجوار، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بها حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف بطلت؛ لأن الجوار بالاتصال وقد زال، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ، وعلى قول محمد تجب؛ لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحتى القرار باق، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض وباب كلٍّ إلى السكة فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل، وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أَوْلَى.

وثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم في نفس المبيع وهذا بالإجماع.

النوع الثاني: شركة في حقوقه كالشرب والطريق، وخالف فيه الشافعي وقال: السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير، فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة، ولا بالجوار على ما سبق ذكره وذكر أدلته.

***

● (مادة ٩٨) : الشركة في نفس العقار المبيع أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت له حصة مفرزة عن العقار، فلا يكون شريكًا فيه، والمشارك في أرض حائط الدار يعتبر مشاركًا في نفس[1] العقار[2].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن النوع الأول من أنواع الشركة التي تجب فيها الشفعة،

= ففي الزائد وجهان: اختار القاضي، وابن عقيل: وجوب الشفعة في الزائد، وقال المصنف في المغني: والصحيح لا شفعة، وصححه الشارح، وأطلقهما الحارثي في شرحه والفروع، وكذا دهليز الجار وصحن داره، قاله في الفروع، والحارثي، والمصنف، والشارح ومنها: لا شفعة بالشركة في الشرب مطلقًا، وهو النهر، أو البئر، يسقي أرض هذا وأرض هذا، فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من الشرب؛ قاله الحارثي وغيره، ونص عليه.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: الشركة في نفس العقار إما أن تكون في حصة شائعة منه، أو في أرض حائط مشترك.

فالشركة في نفس العقار المبيع عبارة عن كون الشفيع له حصة شائعة فيه، سواء كانت قليلة أو كثيرة، فلو كانت الحصة مفرزة عن العقار، فلا يكون شريكًا فيه.

(٢) جاء في الموسوعة الفقهية: « اتفق الفقهاء على جواز الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات العقار المبيع ما دام =

والتي ذكرها في المادة السابقة، وهي الشركة في نفس العقار المبيع، وهي أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن صاحب الحصة الشائعة القليلة شريك كصاحب الحصة الكثيرة، وذلك لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثيرة؛ ولأن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك، فحق الأخذ بالشفعة له ليترفق به، من حيث توسع الملك، والمرافق، وهذا يحتاج إليه في توسعة الحصة القليلة غالبًا، وعلى هذا فإذا كان للدار شريك واحد، أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل، وعلى هذا يخرج قول الأحناف في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة، أو الجوار؛ أنها تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة، وعند الشافعي على مقدار نصيب كل شريك في ملك المبيع، حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا على عدد الرؤوس، وعنده أثلاثًا: ثلثاه لصاحب الثلث، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة.

= لم يقاسم، وقد استدلوا على ذلك بحديث جابر ﷺ». انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٦/ ١٣٨.

قال في العناية: «روي عنه ﷺ: «الشفعة لشريك لم يقاسم»؛ أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق، لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة فيه. انظر: العناية: ٩/ ٣٧٠. وهو ما ذكره ابن جزئ في القوانين الفقهية: ص: ٢١٤.

يقول ابن عبد البر: لا شفعة فيما قد قسم وحدثت فيه الحدود، وإنما الشفعة في المشاع من العقار كله: الدور، والأرضين، والحوانيت والبساتين والجنات والكروم، وكل ما يصلح فيه القسم. انظر: الكافي: ص: ٤٢٦.

يقول ابن رشد: «مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع: أحدها: مقصود وهو العقار، من الدور والحوانيت والبساتين، والثاني: ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول، وذلك كالبئر ومحال النخل، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعًا بينه وبين شريكه غير مقسوم». انظر: بداية المجتهد: ٢/ ٢٥٧.

ويقول الشيخ مرزوق: «وإنما الشفعة في المشاع، ولا شفعة فيما قد قسم، ولا لجار ولا في طريق ولا عرصة دار قد قسمت بيوتها، أصل هذا الباب حديث جابر: «قضى رسول اللّه ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، والشفعة تجب بثلاثة شروط: أحدها: أن يكون المبيع عقارًا أو ما يتصل به، الثاني: أن يكون البيع قبل القسمة، الثالث: أن يكون مما يحتمل القسمة، والمشاع هو الذي يقسم؛ لأن كل نصيب الشريكين شائع في كله». انظر: شرح الشيخ مرزوق على الرسالة: ٢/ ١٩٢.

قال في المغني: «لا تثبت إلا بشروط أربعة: أحدها: أن يكون الملك مشاعًا غير مقسوم، فأمَّا الجار فلا شفعة له؛ ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم، ثم قال: الشرط الثاني: أن يكون المبيع أرضًا؛ لأنها التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين أحدهما: تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض، وهذا البناء والغراس يباع مع الأرض، فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض بغير خلاف في المذهب، ولا نعرف فيه من بين من أثبت الشفعة خلافًا». انظر: المغني: ٥/ ١٨٠.

وجه قوله: أن حق الشفعة من حقوق الملك؛ لأنه ثبت لتكميل منافع الملك، فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة.

واستدل الشافعي بحديث عمر ﷺ لما أجلى يهودًا من وادي القرى؛ قال لبني عذرة: « أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود »، الحديث، إلى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الإمارة نصفين، فقد اعتبر مقدار النصيب، ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة، وإن هذا رفق من مرافق المِلك، فيكون على قدر المِلْك كالربح أو ثمرة تستحق بالملك، فيكون على قدر الملك؛ كالأولاد، والألبان، والأثمار في الأشجار المشتركة، يوضحه أن المنفعة التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق المالك بسبب الملك، وذلك بقدر الملك، فإذا كان الحائط مشتركًا بين اثنين، أو ثلاثًا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالًا، أو نفسًا كان الضمان عليهما أثلاثًا بقدر الملك، فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم، فإن حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة، وحاجة صاحب الكثير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل؛ لأن مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك، فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة.

(ولنا) أن السبب في موضع الشركة أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق؛ ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة؟ كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع، فملك كل جزء علة تامة؛ لاستحقاق المبيع بالشفعة، فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل؛ ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة، والمشاركة بينهما؟

وكذلك لو أن رجلًا جرح رجلًا جراحة واحدة، وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك، استويا في حكم ذلك القتل وهذا؛ لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة، وكثرة العلة لا توجب الترجيح؛ لأن ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحًا، وملك كل جزء بانفراده علة؛ فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة، فإن حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون؛ ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة، إلا قدر دينه؟ فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة، قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه، وكذلك الربح، فإنه إنما يحصل بقدر المال؛ ألا ترى أن عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله، وكذلك الولد، واللبن، والثمار؟ فإنها متولدة من العين، فإن ما تتولد بقدر الملك، والشافعي غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على أجزاء العلة.

والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة، إلا على قول ابن أبي ليلى، فإنه كان يقول: لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة.

كما أن الذكر، والأنثى، والحر، والمملوك، والمسلم، والكافر في حق الشفعة سواء؛ لأنه من المعاملات، وإنما ينبني الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء، وثبوت الحكم بثبوت سببه.

وذكر المؤلف: أن الشفيع لو كانت له حصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكًا فيه، وعليه فلو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز، وهو تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء؛ ولهذا يجري فيها الخيار، والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة المطلقة، وهي المبادلة من كل وجه، قال في العناية: ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم؛ لكونه جارًا بعد استحقاق الشفعة وهو غير صحيح؛ لأن سببه الإفراز وهو متأخر وهو لا بد أن يكون متقدمًا على زوال الملك القائم كما تقدم، وكونه جارًا متأخر وقول صاحب غاية البيان؛ ولأنها لو وجبت للقاسم؛ لأنه شريك والشريك أَوْلَى من الجار فيه نظر؛ لأنه شريك قبل القسمة لا بعدها والكلام فيما بعدها.

فلو بيعت بقية الحصص أو جزء منها بعد الإفراز كان جارًا لا شريكًا في نفس العقار، أما قبل القسمة فيستحقها - أي الشفعة - من حيث كونه شريكًا في نفس المبيع لا في حقه.

وذكر المؤلف: أن المشارك في أرض حائط الدار يعتبر مشاركًا في نفس العقار ولو كان شريكًا في الجدار فقط، فلا يستحق بها شفعة الشريك؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة، ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركًا بينهما كان هو أَوْلَى من غيره من الجيران، ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الأرض غير موضع البناء فيبقى البناء، وموضعه على الشركة، وإنما كان هو أَوْلَى؛ لأنه شريك في بعض المبيع والشريك أَوْلَى، أما في موضع البناء فظاهر؛ لكونه شريكًا فيه، وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن الضرر أخص به حيث كان شريكًا في البعض فيقدم على الجار، وفي رواية أخرى عنه: هو والجار سواء في غير موضع الجدار؛ لأن استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه.

وذكر القدوري: أن الشريك في الأرض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، فيكون مقدمًا على الجار في

كل المبيع، كذا في الذخيرة.

وقال الكرخي: وأصح الروايات عن أبي يوسف - رحمه اللَّه تعالى - أن الشريك في الحائط أَوْلَى ببقية الدار من الجار، قال: وعن محمد مسائل تدل على أن الشريك في الحائط أَوْلَى، فإنه قال في حائط بين رجلين لكل واحد منهما عليه خشبة، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين، قال: فإن أقام الآخر البينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك وإن لم يقم بينته لم أجعله شريكًا، وقوله: أحق من الجار؛ أي: أحق بالجميع لا بالحائط، وهذا مقتضى ظاهر الإطلاق، كذا في البدائع.

***

● (مادة ٩٩) : الشركة في حقوق العقار المبيع هي عبارة عن الشركة في حق الشِّرب الخاص أو الطريق الخاص، سواء كان الطريق خاصًّا بدار واحدة أو بجملة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ[١].

فإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ، فجميع أهله شفعاء يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلى والأسفل[٢].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: أمَّا الشركة في حقوق المبيع؛ فهي عبارة عن كون الشفيع مشتركًا مع البائع في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص.

وقد اختلف في تعريف الشرب الخاص:

- فمن قائل: إنه هو النهر الصغير الذي لا تجري فيه السفن.
- ومن قائل: إنه ما كان خاصًّا بقرية واحدة.
- وقال آخرون: هو ما كان أصحابه أقل من أربعين إلى غير ذلك.
- وقيل: إن المعتبر في كونه خاصًّا أو عامًّا رأي القاضي وهذا هو الظاهر.

والمراد بالطريق الخاص: ما كان غير نافذ، ويمر منه أصحاب البيوت التي فيه على السواء، ولكن لو كان في الطريق غير النافذ مسجد عام يصلي فيه أصحاب البيوت التي في الطريق وغيرهم فلا يكون خاصًّا؛ بل يعتبر عامًّا من أوله إلى باب المسجد؛ لأن وجود المسجد فيه يجعله عامًّا.

ولا فرق في كون الطريق خاصًّا بين أن يكون فيه بيت واحد أو عدة بيوت أبوابها مفتوحة في ذلك الطريق الخاص غير النافذ؛ فجميع أصحاب البيوت في درجة واحدة بالنسبة لاستحقاقهم الأخذ بالشفعة، لا فرق بين من كان بيته بجوار البيت الذي بيع ومن كان بيته بعيدًا عنه؛ لأن سبب الأخذ بالشفعة هو الاشتراك في حق المبيع، وهو مقدم على الأخذ بسبب الجوار؛ لكونه أقوى فلا يظهر حق الجوار في هذه الحالة؛ لكونه أقل من حق الارتفاق ومؤخرًا عنه في الدرجة.

وينبني على ذلك: أنه لو بيع بيت من زقاق غير نافذ يكون البعيد عن البيت مساويًا للملاصق له في ثبوت الأخذ بالشفعة لاتحاد السبب، وهو الاشتراك في حق المرور.

(٢) جاء في الموسوعة الفقهية: «فسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين: الشركة، أو الجوار، ثم الشركة نوعان:

أ - شركة في ملك المبيع.

تكلم المؤلف في هذه المادة عن النوع الثاني من أنواع الشركة التي تجب فيها الشفعة بعد أن ذكر النوع الأول في المادة السابقة، وهو الشركة في حقوق العقار المبيع، والإمام الشافعي لا يقول به.

والنوع الأول: وهو الشركة في نفس العقار المبيع أقوى ومقدم على الشركة في حقوقه؛ لأن سبب الاستحقاق القرب، والاتصال، وذلك في حقه أقوى؛ لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه،وكل ما كان أكثر اتصالًا كان أخص ضررًا أو أشد، فكان أحق بها؛ لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلَّا إذا ترك، ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار، وقوة السبب توجب الترجيح؛ ولأن الشريك يدفع بالأخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه، والحاجة إلى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا تصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح؛ لأن الترجيح أبدًا بما لا يكون علة الاستحقاق؛ ألا ترى أن الأخ لأب وأم مع الأخ لأب إذا اجتمعا يترجح الأخ لأب وأم في العصوبة بسبب قرابة الأم، والعصوبة لا تستحق بقرابة الأم، ثم الترجيح يقع بها؟ فهذا مثله.

وتفسير ما قلنا: في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة إذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل، فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة؛ لأنهم أكثر قربًا للشركة بينهم في صحن الدار، فإن سلموا فأهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق، فإن سلموا فالجار الملاصق، وهذا الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى، وقد روي عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لا شفعة لأحد سواء سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون لحق الشريك، وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم، ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم، وقد ثبت حق الجار مع الشريك؛ لتقرر السبب في حقه، إلا أن حق الشريك كان مقدمًا، فإذا سلم كان للجار أن يستوفي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة، فإنه إذا استوفى غرماء الصحة التركة كلها سقط حق الآخرين، وإن أبرأ المتوفى غرماء الصحة كانت التركة لغرماء المرض بديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت؛ ولهذا قلنا: ينبغي للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع

=ب - شركة في حقوقه كالشرب والطريق، قال المرغيناني: «الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق، ثم الجار». انظر: الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤٠.

قال في العناية: الشفعة واجبة؛ أي: ثابتة للخليط في نفس المبيع - أي: للشريك - ثم للخليط في حقه كالشُّرب والطريق. ثم قال: «فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكًا في نفس المبيع، والخليط بمن كان شريكًا في حقوق المبيع؛ وهما في اللغة سواء؛ فالطريق الخاص أن لا يكون نافذًا، والشرب الخاص أن يكون نهرًا لا تجري فيه السفن». انظر: العناية: ٩/ ٣٦٩، ٣٧٦، ٣٧٧، الهندية: ٥/ ١٦٨.

مع الشريك ليستحق، فإن لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك، فلا حق له بعد ذلك.

وذكر المؤلف أن الشركة تكون في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص.

وقبل الخوض في هذا نشير إلى أن الشركة في الحقوق قد تكون خاصة وقد تكون عامة، والشفعة لا تستحق بالشركة في الحقوق العامة، بل تستحق بالشركة في الحقوق الخاصة.

والشِّرب[1] الخاص عند الإمام ومحمد أن يكون نهرًا صغيرًا لا تمر فيه السفن، فإن كانت تمر فيه السفن فليس بخاص، فإذا بيعت أرض من الأراضي التي تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة، والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير، وقيل: إن كان أهله يحصون فهو صغير، وإن كانوا لا يحصون فهو كبير، وعليه عامة المشايخ، لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فقدَّر ما يحصى بخمسمائة، وقيل: هو مفوض إلى رأي المجتهدين في كل عصر، فإن رأوه كثيرًا كان كثيرًا، وإن رأوه قليلًا كان قليلًا، وهو أشبه الأقاويل بالفقه.

وروي عن أبي يوسف - رحمه اللَّه - أنه قال: لا أستطيع أن أحدَّ هذا بحد هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك، وروي عن أبي يوسف - رواية أخرى - أنه إن كان يسقى منه قراحان[2] أو ثلاثة، أو بستانان، أو ثلاثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا، والطريق الخاص أن يكون غير نافذ[3]، وإن كان نافذًا فليس بخاص، وإن كان سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة لا غير.

وإن لم يكن الطريق خاصًا أو الشرب خاصًا فلا تستحق الشفعة، والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة هو ما لا يملك أهله سده؛ لأنه إذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين، فكانت شركته عامة فيشبه الإباحة.

ولو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت البيع، فلا شفعة فيه من جهة حقوقه، ولو شاركه أحد في الشرب وآخر في الطريق فصاحب الشرب أَوْلَى، قال في الدر المنتقى: ونقل البرجندي أن الطريق أقوى من المسيل.

وذكر المؤلف: أنه إذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فجميع أهله شفعاء يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلى والأسفل؛ وذلك لأنهم كلهم خلطاء في الطريق.

---

(١) الشِّرب بكسر الشين: النصيب من الماء.

(٢) والقراح من الأرض: كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر، وقيل: القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء، والماء القراح الذي لم يختلط به شيء، كذا في تهذيب الديوان.

(٣) والمراد بعدم النفاذ: أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم، كما في الدر المنتقى.

وإن كان فناء منفرج من الطريق الأعظم راجعًا عن الطريق، أو زقاق، أو درب غير نافذ فيه دور، فبيعت دار منها فأصحاب الدور شفعاء جميعًا؛ لأنهم شركاء في الفناء والطريق، فإن سلم هؤلاء الشفعة، فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة.

***

● (مادة ١٠٠) : الجار الملاصق: هو من له عقار متصل بالعقار المبيع[1]، أمَّا لو كان عقار الجار منفصلًا عن العقار المبيع انفصالًا تامًّا ولو بقدر شبرًا أو أقل فلا يكون جارًا مستحقًّا للشفعة.

فإذا بيع بيت من دار؛ فالملاصق للبيت ولأقصى الدار في الشفعة سواء؛ لكونه ملاصقًا حكمًا[2].

---

(١) يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة، ولكنهم لم يأخذوا بالجوار على عمومه؛ بل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عم الحدَّ أم قصر، حتى لو لم يتجاوز شبرًا.

فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار في استحقاق الشفعة سواء؛ لأن ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع. الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤١.

ويستشهد السرخسي في كتابه: « المبسوط »: ١٤/ ٩٠: بحديث الرسول ﷺ: « الجار أحق بسقبه » يقول: وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه، فإنه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة.

وذلك أيضًا ما ذهب إليه الكاساني في كتابه: « بدائع الصنائع »: ٥/ ٦: يقول الكاساني: (ولنا ما روي أنه سئل رسول اللـه ﷺ عن أرض بيعت ولها شريك ولها جار، فقال عليه الصلاة والسلام: « الجار أحق بشفعتها »).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الجار الملاصق هو: الشخص الذي له عقار متصل بالعقار المبيع، سواء كان الاتصال كثيرًا أو قليلًا، ولو كان قدر شبر لتحقق الجوار.

وفي هذه الحالة تثبت الشفعة للجار اتفاقًا فلو وجدت مسافة بين العقارين، فإمَّا أن يكون مقدارها لا يصلح لأن يكون ممرًّا، وإما أن يكون صالحًا لذلك.

فإن كان الأول، فقال بعض الفقهاء: لا يكون للجار في هذه الحالة حق في الأخذ بالشفعة لعدم التلاصق، وقال آخرون: يثبت للجار الحق في الأخذ بالشفعة لكونه جارًا حكمًا.

وإن كان الثاني: وهو ما إذا كان مقدار المسافة التي بين العقارين يصلح لأن يكون ممرًّا فلا حق له في الأخذ بالشفعة؛ لأنه لا يسمى جارًا ملاصقًا، لا حقيقة ولا حكمًا.

وينبني على ذلك: أنه إذا بيع مقدار مبين محدود من بيت، وكان بجوار ذلك المقدار جار ملاصق له وبجوار بقية البيت جار آخر، وكان المقدار الباقي من البيت كبيرًا يصلح لأن يكون ممرًّا تكون الشفعة للجار الملاصق للمقدار الذي بيع، ولا حق للجار الآخر الملاصق للبيت من جهة أخرى؛ لعدم الجوار حقيقة وحكمًا، ولكن لو كان المقدار الباقي من البيت بعد المبيع صغيرًا لا يصلح لأن يكون ممرًّا تثبت الشفعة لكل من الجارين؛ لأن أحدهما ملاصق حقيقة، والثاني ملاصق حكمًا وهذا على رأي من يقول: إن الفصل الذي لا يصلح لأن يكون ممرًّا لا يمنع من ثبوت الأخذ بالشفعة كما سبق.

يقول السرخسي في « المبسوط »: ١٤/ ٩٤: « فأما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابًا أو أبعد ».

وجاء في الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤١: « يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة ولكنهم لم يأخذوا بالجوار على عمومه؛ بل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عمَّ الحد أو قصر، =

تكلم المؤلف في هذه المادة عن السبب الثالث من أسباب وجوب الشفعة، وهو الجوار على سبيل الملاصقة لا على سبيل المحاذاة، وقبل الخوض في هذا الأمر يجدر بنا أن نشير أن الجوار العقار إما أن يشترك معه في حقوقه - من الطريق والشرب أو أحدهما - وإما ألا يشترك، فإن اشترك معه في حقوقه فإما أن تكون هذه الحقوق عامة، وإما أن تكون خاصة[1]، وذلك بأن تكون الطريق غير نافذة والشرب خاص، فإن كانت خاصة فيستحق الشفعة باعتباره شريكًا في الحقوق لا باعتباره جارًا، سواء أكان ملاصقًا أو غير ملاصقًا؛ وذلك لأن الشركة في الحقوق مقدمة على الجوار في استحقاق الشفعة.

وإما أن تكون هذه الحقوق عامة - بأن كانت الطريق نافذة وهو ما لا يملك أهله سده أو الشرب عامة - كالجار المحاذي فلا تستحق الشفعة إلَّا بالجوار الملاصق فقط.

وإما أن يكون الجوار لا يشترك مع العقار المبيع في حقوقه الخاصة، ولكنه قد يشترك معه في الحقوق العامة وقد لا يشترك، وذلك بأن يكون ظهر العقار المبيع وبابه في سكة أخرى.

وعلى هذا، فالجار إما أن يشترك مع العقار المبيع في حقوقه الخاصة، فيستحق الشفعة بالشركة في الحقوق سواء أكان ملاصقًا أو غير ملاصق لا بالجوار، وإما أن لا يشترك معه في حقوقه الخاصة، فلا يستحق الشفعة إلا الملاصق سواء اشترك معه في الحقوق العامة أو لم يشترك، وسواء كان ملاصقًا من جانب واحد ولو بشبر أو من ثلاثة جوانب.

وعليه فالجار المحاذي، فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابًا، أو أبعد فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، ذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي، فإن بين الملكين طريقًا نافذًا؛ وذلك لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلًا بملك الآخر، ولا شركة بينهما في حقوق الملك.

=حتى لو لم يتجاوز شبرًا؛ فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار سواء في استحقاق الشفعة؛ لأن ملك كل حد منهم متصل بالبيع، أما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء أكان أقرب بابًا أم أبعد؛ لأن المعتبر في الشفعة هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، وذلك في الجار الملاصق، دون الجار المحاذي؛ فإن بين الملكين طريقًا نافذًا، وقال شريح: الشفعة بالأبواب، فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة؛ لما ورد أن عائشة - رضي اللـه عنها - قالت: يا رسول اللـه إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: «إلى أقربهما منك بابًا»، ولا تثبت الشفعة أيضًا عند الحنفية للجار المقابل؛ لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلًا بملك الآخر، ولا شركة بينهما في حقوق الملك، وحق الشفعة يثبت للجار الملاصق؛ ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق، وهذا في الجار الملاصق يتحقق لإمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى، ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل؛ لعدم إمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما».

(١) قد ذكرنا في شرح المادة السابقة ضوابط كون هذه الحقوق خاصة، فراجعها إن شئت.

على أنا نقول حق الأخذ بالشفعة له؛ ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق، وهذا في الجار الملاصق يتحقق؛ لإمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى، أو لا يتحقق ذلك في الجار المقابل؛ لعدم إمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما، حتى إذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل؛ لإمكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارًا واحدة.

وقال الشافعي – رحمه اللَّه – : لا شفعة بالجوار؛ نقول جابر ﷺ أنه عليه الصلاة والسلام: « قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »، رواه البخاري، وقال عليه الصلاة والسلام: « إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »، رواه الترمذي وصححه، وقال عليه الصلاة والسلام: « إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة »، رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه؛ ولأن الشفعة تثبت على خلاف القياس كي لا يلزمه مؤنة القسمة، وهذا المعنى لا يتحقق في الجار؛ لأنه لا يقاسم؛ ولهذا لا تجب عنده في المشترك إذا كان لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام، والبيت الصغير؛ لوقوع الأمن من لزوم المؤنة.

وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الأنصاري، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، ومالك ابن أنس: لا شفعة بالجوار، وبه يقول الشافعي وأحمد وإسحاق، ومذهب سفيان الثوري، وعبد اللَّه بن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة، كذا ذكر الترمذي في جامعه.

ثم ذكر المؤلف أن عقار الجار لو كان منفصلًا عن العقار المبيع انفصالًا تامًّا، ولو بقدر شبر أو أقل فلا يكون جارًا مستحقًّا للشفعة؛ وذلك لأن ملكه غير متصل بالمبيع، وسوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلًا بملك الآخر، ولا شركة بينهما في حقوق الملك.

***

● (مادة ١٠١) : إذا كان السفل لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جارًا ملاصقًا، وكذلك من كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه، أو كان له فيه، أو كان شريكًا في خشبة موضوعة على حائط يعتبر جارًا ملاصقًا[١] ....

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: مما جعلوه في حكم الجوار ما إذا كان بيت مشترك بين اثنين لأحدهما السفل وللآخر العلو.

البيت المشترك بهذه الكيفية، إمَّا أن يكون ممر كل من صاحب العلو والسفل واحدًا، وإما أن يكون كل منهما له طريق خاص به لا يشاركه الآخر فيه.

فإن كان الأول اعتبر كل منهما شريكًا للآخر في حق الارتفاق وهو المرور.

لا شريكًا[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن العلو والسفل، واعتبار كل منهما جارًا ملاصقًا للآخر وذلك في إطار حديثه عن الجوار باعتباره السبب الثالث من أسباب وجوب الشفعة، والعلو يستحق بالشفعة؛ لأنه في حكم الجار بما له من حق القرار، وتجب الشفعة في العلو وحده وتجب في السفل بسببه، هذا إذا لم يكن طريق العلو فيه؛ لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار، أمَّا إذا كان طريق العلو في السفل، فحينئذ تثبت الشفعة بالشركة في الطريق لا بالجوار؛ لأن شركة الطريق أقوى من حق الجوار، وصاحب العلو إنما له الشفعة بالجوار.

ولو أن رجلًا له علو في دار. وطريقه في دار أخرى إلى جنبها، فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار الذي فيه الطريق أَوْلَى بالشفعة؛ وذلك أنهم شركاء في الطريق، وصاحب الدار التي فيها العلو جار، والشريك في الطريق أولى من الجار، ولو ترك صاحب الطريق الشفعة، وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل؛ لأن كل واحد منهما

= وينبني على ذلك: أنه إذا باع صاحب السفل سفله، مثلًا يكون لصاحب العلو أخذه بالشفعة بسبب الشركة في حق المبيع، وحينئذ يكون مقدمًا على غيره من بقية المجاورين له، وإن كان الثاني اعتبر كل منهما بالنسبة للآخر جارًا ملاصقًا، وليس بشريك في نفس المبيع ولا في حقه لعدم الشركة، وكذلك يعتبر جارًا ملاصقًا من كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه، أو كان شريكًا في خشبة موضوعة على حائط.

انظر: المادة (١٠١١) و المادة (١٠١٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها.

(١) وجاء في البدائع: ٥/ ١٤: «أن صاحب الخشب لا يستحق إلا بالجوار».

وجاء في الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤٢: «ملاك الطبقات عند الحنفية متجاورون، فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف بطلت الشفعة؛ لأن الاتصال بالجوار قد زال، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ، وعلى قول محمد تجب الشفعة؛ لأنها ليست بسبب البناء، بل بالقرار وحق القرار باق، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كلٍّ إلى السكة فبيع الأوسط تثبت الشفعة للأعلى والأسفل وإن بيع الأسفل أو الأعلى، فالأوسط أولى، بما له من حق القرار؛ لأن حق التعلي يبقى على الدوام، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار، ولو كان سفل بين رجلين عليه علو لأحدهما مشترك بينه وبين آخر، فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل؛ لأن كل واحد منها شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر، أو شريك في الحق إذا كان طريقهما واحدًا، ولو كان السفل لرجل والعلو لآخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة لهما.

وجاء في الهداية: «ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجذوع لا يصير شريكًا في الدار، إلا أنه جار ملاصق، والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بيَّنا». انظر: الهداية: ٩/ ٣٧٧.

وفي الفتاوى الهندية: «عن محمد قال: حائط بين رجلين لكل واحد منهما عليه خشبة، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين؛ فإن أقام الآخر البينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يقم البينة لم أجعله شريكًا». انظر: الفتاوى الهندية: ٥/ ١٦٧.

جار للعلو، والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة، كذا ذكر القدوري.

إن بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيه الشفعة بيعًا جميعًا، أو كل واحد منهما على انفراده، قال أبو يوسف: إن وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعة، وبشر بن الوليد، وعلي بن الجعد.

قال القدوري في شرحه: أما إذا بيعا جميعًا فلا شفعة فيه؛ لأنه باع العرصة بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك، وأما إذا باع السفل دون العلو ففيه الشفعة كذلك؛ لأن التأذي يخاف فيها على وجه الدوام، وأما العلو فلأنه حق متعلق بالبقعة على التأبيد وهو كنفس البقعة، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو العلو؛ إذ كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة؛ لأنه لا يبقى على وجه الدوام، وإنما استحسنوا؛ لأن حق الوضع متأبد فهو كالعرصة.

وصاحب العلو إنما له الشفعة بالجوار، فإن سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار، وعن أبي يوسف في الأمالي: أن هذا استحسان، وفي القياس لا شفعة لصاحب العلو، وكذلك إذا بيع العلو، فلا شفعة لصاحب السفل في القياس، ولا لصاحب علو آخر بجنبه؛ لأن العلو بناء، وقد بينًا أن بالبناء لا يستحق بالشفعة إذا لم يكن معه أرض، والأرض وسقف السفل كله لصاحب السفل.

ووجه الاستحسان: أن لصاحب العلو حق قرار البناء، وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار، فكانا بمنزلة جارين، بخلاف ملك البناء على الأراضي الموقوفة، فإن الاتصال هناك غير متأبد؛ ألا ترى أن عند انقضاء مدة الإجارة يؤمر برفع البناء؟ وهنا ليس لصاحب السفل أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال، واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة.

فإن كان طريقه في السفل؛ فالشفعة بسبب الشركة في الطريق، وإن في السكة العظمى فبسبب الجوار، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بها حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف بطلت؛ لأن الجوار بالاتصال وقد زال، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ، وعلى قول محمد تجب؛ لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحتى القرار باق، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل إلى السكة فبيع الأوسط تثبت الشفعة للأعلى والأسفل، وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أَوْلَى.

وذكر المؤلف: أن من كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه، أو كان له فيه، أو كان شريكًا في خشبة موضوعة على حائط يعتبر جارًا ملاصقًا لا شريكًا؛ لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول، والخشبة منقولة، وبوضع الجذوع على

الحائط لا يصير شريكًا في الدار، وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكًا فيها، لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر، فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكًا في الجدار لا يقدَّم على غيره من الجيران؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة، ولو كان البناء، والمكان الذي عليه البناء مشتركًا بينهما كان هو أَوْلَى من غيره من الجيران، ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الأرض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة، وإنما كان هو أَوْلَى؛ لأنه شريك في بعض المبيع والشريك أَوْلَى، أمَّا في موضع البناء فظاهر؛ لكونه شريكًا فيه، وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن الضرر أخص به، حيث كان شريكًا في البعض فيقدم على الجار، وفي رواية أخرى عنه: هو والجار سواء في غير موضع الجدار؛ لأن استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه، وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكًا في منزل من الدار أو بيت منها، فبيعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا، واستووا في البقية في رواية؛ لأن كلهم جيران في حق البقية، وكذا لو كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار، فباعها كان الشريك في الدار أَوْلَى بشفعة الدار؛ لأنه شريك فيها، والآخر جار، والشريك في البئر أَوْلَى بالبئر؛ لأنه شريك فيها والآخر جار.

وفي المحيط: دار بيعت ولها بابان وفي زقاقين ينظر إن كانت في الأصل دارين، باب كل منهما في زقاق اشتراهما رجل واحد في رفع الحائط من بينهما وصارت دارًا واحدة ولها باب، فالشفعة لأهل الزقاقين في الدار جميعًا على السواء، فكان العبرة للأصل دون العارض، ونظير هذين الزقاقين إذا كان أسفله زقاق إلى جانب آخر فرفع الحائط من بينهما فصار الكل سكة واحدة كان لأهل كل زقاق الشفعة في الذي يليهم خاصة، ولا شفعة في الجانب الآخر، قوم اقتسموا دارًا ورفعوا طريقًا بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دورًا وجعلوا أبواب الدور مشارعة إلى سكة فباع بعضهم داره؛ فالشفعة بينهم بالسواء؛ لأن هذه السكة، وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة، وإذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة، فإن لم يأخذ حتى انهدم أو كان مهدومًا حين البيع فلا شفعة له عند الثاني، وقال الثالث: له الشفعة؛ لأن الشفعة تستحق بسبب إقرار البناء، وهو حق التعلي وهو قائم، ولأبي يوسف: أن الشفعة إنما تجب بما هو مملوك له وهو البناء والهواء، وحق التعلي ليسا بمملوكين.

***

● (مادة ١٠٢) : الطريق العام لا شفعة به لصاحب الملك المقابل للعقار المبيع ولو تقاربت الأبواب، وإنما تكون الشفعة للجار الملاصق سواء كان باب داره في هذا الطريق أو في[١] غيره[٢].

ذكر المؤلف أن المشارك في الطريق العام لا شفعة له في العقار المبيع، إلا أن يكون ملاصقًا، سواء كان بابه في هذا الطريق أو غيره، فان كان محاذيًا؛ أي مقابلًا له لا شفعة له، وإن تقاربت الأبواب وكان الطريق عامًّا، بخلاف الطريق الخاص فله الشفعة باعتباره شريكًا في حقوقه لا جارًا؛ وذلك لأن العبرة سوء المجاورة وهي لا تحقق للجار المقابل؛ لأن ملكه غير متصل بالعقار المبيع فلا يتوسع بضمه، ولا شركة بينهما في حقوق الملك فتزيد حصته من تلك الحقوق؛ لأن الطريق العامة التي هي ملك للمسلمين، والتي لا يستطيعون سدها لو أرادوا حائلة دون ذلك، بخلاف الجار الملاصق بضمه يتوسع ملكه وتزيد مرافقه؛ وذلك لإمكانية جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى.

والجار الملاصق إما أن يكون مشتركًا مع العقار في نفسه أو في حقوقه، وإما أن لا يكون مشتركًا؛ فإن كان مشتركًا فيستحق الشفعة باعتباره شريكًا لا جارًا؛ وذلك لأن الشركة مقدمة في الاستحقاق على الجوار، أما إذا كان غير مشترك فيستحق الشفعة بالجوار.

وكذلك الشرب إذا كان خاصًّا فيستحق الشفعة به سواء ملاصقًا أو غير ملاصقًا؛ وإن كان عامًّا فلا يستحق الشفعة إلا بالجوار الملاصق.

***

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح المادة: فالذي علم مما تقدم أن الشريك في حقوق المبيع لا تثبت له الشفعة، إلَّا إذا كان كلٌّ من الشِّرب والطريق خاصًّا، فإن كان كل منهما عامًّا فلا تثبت الشفعة بسببها بل تكون للجار الملاصق، ولو كان بابه في طريق آخر غير الموجود فيه باب البيت المبيع.

ولو كان بجوار العقار المبيع جملة عقارات متفاوتة في القدر الملاصق ثبتت الشفعة لأصحابها على السواء، ولا عبرة بذلك التفاوت لتحقق الجوار عند كل منهم.

ونظير ذلك ما إذا كان عقار مشترك بين ثلاثة أفراد اشتراكًا متفاوتًا بأن كان أحدهم له نصف العقار، والآخران كل واحد منهما له ربع، ثم باع واحد منهما الربع الذي يملكه وطلب كلٌّ من الشريكين الأخذ بالشفعة؛ فإن الجزء الذي بيع يقسم بينهما بالسوية على عدد رؤوسهما، ولا عبرة بتفاوت الملك؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ولا يتفاوت بقدر الملك.

(٢) جاء في المبسوط : ١٤/ ٩٣، ٩٤: « إنما يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روي أن رجلًا جاء إلى رسول اللّه ﷺ، فقال: إن لي جارين، فإلى أيهما أبر؟ فقال ﷺ: « إلى أقربهما منك بابًا »؛ وهذا لأن اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق.

وما ذهبنا إليه يناقض ما قاله شريح: « أن الشفعة بالأبواب؛ فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة.. ولسنا نأخذ بهذا، وإنما الشفعة عندنا للجار الملاصق، فأما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابًا أو أبعد ».

● (مادة ١٠٣) : إذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى؛ فيقدم الشريك في نفس العقار، ثم الشريك في أرض الحائط المشترك[١]، ثم الشريك في حقوق البيع[٢] الخاصة، ثم الجار الملاصق، وأيٌّ ترك الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة إلى من يليه في الرتبة[٣].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت فيقدم الأقوى فالأقوى؛

---

(١) ذكر في طبعة دار الفرجاني قوله: « ثم الشريك في أرض الحائط... إلخ، نص عليه في الهندية من الباب الثاني في مراتب الشفعاء في الأواخر، رقم : ١٧٤ ».

(٢) ذكر لفظ: « المبيع » بدلًا من « البيع » في طبعة نظارة المعارف.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: ترتيب الشفعاء من الجزء الخامس: قد علمت مما تقدم أن الشفعة عند الحنفية تثبت للشريك في نفس العقار وللشريك في أرض الحائط، وللشريك في حقوق المبيع، وللجار الملاصق، ولكن ليسوا كلهم في مرتبة واحدة؛ بل هم مرتبون حسب الترتيب الآتي، وبيانه:

أنه إذا وجد سبب واحد من أسباب الشفعة استحق صاحبه الأخذ به وحده؛ إذ لا مزاحم له، وأمَّا إذا اجتمعت الأسباب قدم الأقوى فالأقوى، وحينئذ يقدم الشريك في نفس العقار؛ فإن لم يوجد وسقط حقه انتقل حق الشفعة إلى الشريك في أرض الحائط، فإن لم يوجد، أو وجد، ولكن سقط حقه انتقل حق الأخذ بالشفعة إلى الشريك في حقوق المبيع وبعده الجار الملاصق.

فإذا كان بيت مشتركًا بين اثنين على الشيوع، وكان هناك شخص له شركة في أرض حائط من البيت، وشخص آخر له شركة في حق المرور، وللبيت جار ملاصق، فباع أحد الشريكين حصته ثبت حق الشفعة مرتبًا كما تبين؛ والسبب في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: « الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع »، فالمراد بالشريك هو الشخص الذي له شركة في نفس المبيع، والخليط هو الشريك في حقوقه، والشفيع هو الجار الملاصق؛ ولأن سبب مشروعية الشفعة هو: دفع الضرر، فيقدم الشريك في نفس المبيع؛ لأن ارتباطه أشد من ارتباط الشريك في أرض الحائط، وهذا مقدم على الشريك في حق الارتفاق لقوة السبب، وصاحب حق الارتفاق مقدم على الجار الملاصق؛ لكونه أكثر اختلاطًا من الجار، فضرره يكون أقوى فيقدم عليه.

وجاء في بدائع الصنائع : ٥/ ١١، ١٢: « وأمَّا الذي يخص حالة الاجتماع، فهو أن أسباب استحقاق الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى؛ فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار؛ لما روي عن رسول اللّٰه ﷺ أنه قال: « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره »؛ ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح، فإن سلم الشريك وجبت للخليط، وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وروي عن أبي يوسف أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره ». انظر في ذلك أيضًا: البناية في شرح الهداية : ٨/ ٤٦٤، المبسوط : ١٤/ ٩٤ - ٩٦، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦٥، ١٦٦، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠١٤).

وجاء في الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ١٥٦: « ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بين الشفعاء فيقدم الأقوى فالأقوى؛ فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حق المبيع، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق، لما روي عن رسول اللّٰه ﷺ أنه قال: « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره »؛ ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، =

وذلك لأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل، وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، فكل ما كان أكثر اتصالًا كان أخص بالضرر، وأشد تعبًا معه فكان أحق بها؛ لقوة الموجب لها، وعلى هذا فليس للأضعف أن يأخذ مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فحينئذ يأخذها إذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع، وإن لم يشهد عند ذلك سقط حقه، وعن أبي يوسف أنه لا يأخذ، وإن ترك؛ لأنه محجوب به.

وجه رواية أبي يوسف: أن الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره؛ ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة؟ فإذا سلم سقط الحق أصلًا؟ والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق إلَّا أنه يرجح البعض على البعض لقوته، فإذا سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة كان ذلك بمنزلة دين الصحة مع دين المرض؛ وذلك لأن دفع ضرر مؤنة القسمة إن لم يصلح علة للاستحقاق، لكنه يصلح مرجحًا؛ لأن الترجيح أبدًا إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق.

= والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح، فإن سلم الشريك وجبت للخليط، وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وهذا على ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره، فعلى ظاهر الرواية ليس للمتأخر حق إلَّا إذا سلم المتقدم، فإن سلمْ فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة؛ لأن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم، ولكن بشرط أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك، والشافعية والحنابلة لا يثبتون الشفعة إلا للشريك في الملك، أمَّا المالكية فلا يتأتى التزاحم عندهم؛ لأنهم وإن وافقوهم في ذلك، إلا أنهم ذهبوا مذهبًا آخر فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجة واحدة، وذلك عندما يكون كل شريك أصلًا في الشركة لا خلفًا فيها عن غيره، أما إذا كان بعضهم خلفًا في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء، وإنما يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار، ويظهر ذلك في الورثة، فإذا كانت دار بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين، وزوجتين، وشقيقتين، فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار كانت الشفعة أولًا لشريكتها في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي، فتكون الجدة - مثلًا - أَوْلَى بما تبيع صاحبتها (وهي الجدة الأخرى)؛ لاشتراكهما في السدس، وهكذا، وعند المالكية أيضًا، إن أعار شخص أرضه لقوم يبنون فيها أو يغرسون فيها ففعلوا ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر قدم الشخص المعير على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع بقيمة نقضه منقوضًا أو بثمنه الذي بيع به، فالخيار له عند بن الحاجب، هذا في الإعارة المطلقة، وأما المقيدة بزمن معلوم ولم ينقض؛ فقال ابن رشد: إن باع أحدهم حظه قبل انقضاء أمد الإعارة على البقاء فلشريكه الشفعة، ولا مقال لرب الأرض إن باعه على البقاء، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض، فإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه، ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مقلوعًا أو من الثمن الذي باعه به، فإن أبى فلشريكه الشفعة للضرر؛ إذ هو أصل الشفعة ».

وجاء في البدائع: « إذا اجتمعت أسباب الشفعة يراعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار، لما روي في الحديث؛ لأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب حصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب ». انظر: بدائع الصنائع : ٥/ ١٢.

وفي المادة تقديم الشريك في أرض الحائط المشترك على الشريك في حقوق المبيع الخاصة؛ وذلك لأنه شريك في بعض المبيع، والشريك في بعض المبيع مقدم على الشريك في حقوقه، وتقديم الشريك في نفس العقار على الشريك في أرض الحائط المشترك؛ لأن اجتماع الخليطين يقدم الأخص على الأعم، وبعد الشريك في حقوق المبيع الخاصة يأتي الجار الملاصق، وأي: ترك الشفعة أو سقط حقه فيها انتقلت الشفعة إلى من يليه.

***

● (مادة ١٠٤)[١] : استحقاق الشفعة للشركاء يكون بقدر رؤوسهم لا بقدر أنصبائهم في الملك، فإذا باع أحد الشركاء حصته لأحد منهم، يحسب المشتري واحدًا منهم في الشفعة وتقسم الحصة المبيعة[٢] بينهم[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن اجتماع الشركاء الذين هم على درجة واحدة في

---

(١) هذه المادة ساقطة من طبعة دار الفرجاني، وقد تم إثباتها من طبعة نظارة المعارف.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: لا فرق في الأخذ بالنسبة لصاحب الجزء الكثير والقليل؛ بل ربما يكون ضرر صاحب الجزء القليل أشد؛ لأنه ربما لا يمكنه اتقاء الضرر لقلة نصيبه بخلاف صاحب الجزء الكبير، فإنه يسهل عليه اتقاء الضرر بطلب القسمة حيث يمكنه الانتفاع بنصيبه؛ ولذلك قال ﷺ: « الشفعة على رؤوس الرجال »، ومعناه: أن تكون الدار بين جماعة مختلفي السهام فيبيع أحدهما نصيبه، فيكون ما باع بينهم على قدر رؤوسهم لا على قدر سهامهم.

ولو كان المشتري أحد الشركاء فله الأخذ بالشفعة مع بقيتهم، ولا يسقط حقه بالشراء؛ لأن إقدامه عليه يدل على رغبته فيه، وليس له أن يحتج على بقية الشركاء بعدم الأخذ؛ لكونه كان موجودًا معهم قبل الشراء، فليس هناك ضرر جديد بالنسبة إليهم بل احتجاجه عليهم باطل؛ لأن الضرر يتفاوت بتفاوت النصيب.

فإذا كان له جزء قليل، يكون ضرره أخف مما إذا كان له جزء كبير؛ إذ إنه ربما يجد نصيبه عظيمًا، فيطلب المقاسمة، فيتضرر صاحب الجزء القليل.

وقال الإمامان مالك والشافعي: يقسم العقار المأخوذ بالشفعة على الشركاء بقدر أنصبائهم لا بقدر رؤوسهم؛ لأن استحقاق الشفعة بسبب الملك، وهو يتفاوت بتفاوت الأخذ بالشفعة بقدر تفاوت الأنصباء؛ لأنه فائدة مترتبة على ذلك الملك فتقدر بقدره.

ولكن أبا حنيفة نظر إلى أصل الحكم في مشروعية الشفعة، وهو: دفع الضرر الذي هو قدر مشترك بين الكل على السواء، فيقسم العقار المأخوذ بالشفعة على رؤوسهم بالسوية بدون نظر إلى تفاوت السهام، بدليل الحديث المتقدم المروي عن الشعبي: « الشفعة على رؤوس الرجال ».

(٣) جاء في كتاب البناية شرح الهداية : ٨/ ٤٧٥، ٤٧٦ ما أنه: إذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك، وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك وهو منه، وفي « شرح الوجيز » وهو الأصح،وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه، وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: الشفعة على عدد الرؤوس كقولنا، واختاره المزني وابن عقيل من أصحاب أحمد، وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة.

وصورتها: دار بين الثلاثة، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب =

استحقاق الشفعة وأنها تكون بقدر رؤوسهم لا بقدر أنصبائهم في الملك، بعد أن ذكر المؤلف - رحمه اللَّه - في المادة السابقة (١٠٣): إذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى، ولفظ الشركاء هنا ليس المقصود منه قصر هذا التوزيع على الشركاء في نفس المبيع فقط، والمقصود منه الشركاء على نفس الدرجة سواء كانوا شركاء في نفس المبيع أو شركاء في حقوقه وكذلك الملاصقون من أهل الجوار، فالشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير الأنصباء، والدوز؛ لأن السبب أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد، أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره، أو قل.

وعلى هذا يخرج قول أصحابنا - رضي اللَّه عنهم - في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة، أو الجوار أنها تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة، فعلة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك؛ ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة؟ كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة؛ لاستحقاق المبيع بالشفعة، فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل، ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة، والمشاركة بينهما؟ وعند الشافعي على قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا على عدد الرؤوس، وعنده أثلاثًا: ثلثاه لصاحب الثلث، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة.

= الشريكان الشفعة، قضى القاضي بها بينهما نصفين عندنا، وعند الشافعي: يقضي أثلاثًا، ثلثاها لصاحب الثلث، وثلثها لصاحب السدس على مقادير أنصبائها.

انظر في ذلك: المادة (١٠١٣) من مجلة الأحكام العدلية، وشرحها، رد المحتار على الدر المختار: ٦/١٩، حاشية الطحطاوي: ٤/١١٩، تبيين الحقائق: ٥/٢٤١.

وذكر الإمام السرخسي توجيهًا لسبب الاستحقاق: هو أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك؛ ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة؟ كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع، فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة، فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل؛ ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهود على جراحة فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل؟ وهذا الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة... وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلًا، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح؛ لأن ما يصلح بانفراده علة لايصح مرجحًا، وملك كل جزء بانفراده علة، فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما، بخلاف الغرماء في التركة، فإن حق كل واحد منهم في ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركه، قلنا: كل واحد منهم يستحق بقدر دينه. انظر: المبسوط: ١٤/٩٨.

وجه قوله: أن حق الشفعة من حقوق الملك؛ لأنه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة.

ولنا أن السبب في موضع الشركة أصل الشركة، وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق، والدليل على أن السبب أصل الشركة دلالة الإجماع، والمعقول، أمَّا دلالة الإجماع؛ فلأن الشفيع إذا كان واحدًا يأخذ كل الدار بالشفعة، ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الأخذ بقدرها، وأمَّا المعقول؛ فلأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره، والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل أن سبب الاستحقاق في الشركة هو أصل الشركة، وقد استويا فيه، فبعد ذلك لا يخلو إما أن يأخذ أحدهما الكل دون صاحبه، وإما أن يأخذ كل واحد منهما الكل، لا سبيل إلى الأول؛ لأنه ليس أحدهما بأَوْلَى من صاحبه، ولا سبيل إلى الثاني لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما عملًا بكمال السبب بقدر الإمكان، ومثل هذا جائز، فإن من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين؛ لأن بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث، إلا أنه لا يمكن إثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا.

وكذلك إذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار، وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو أصل الجوار، وعلى هذا يخرج ما إذا كان للدار شفيعان فأسقط أحدهما الشفعة أن للآخر أن يأخذ كل الدار بالشفعة؛ لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما، وإنما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بيَّنَّا، فإذا أسقط أحدهما زال التزاحم، والتعارض فظهر حق الآخر في الكل، فيأخذ الكل.

وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط بعضهم حقه فللباقين أن يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا، ولو كان للدار شفيعان وأحدهما غائب، فللحاضر أن يأخذ كل الدار بالشفعة؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه، وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب؛ لأنه محتمل يحتمل أن يطلب، ويحتمل أن لا يطلب، أو يعرض فلم يقع التعارض، والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم؛ بل يقضى له بالكل عملًا بكمال السبب من غير تعارض، بخلاف ما إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فهلك الرجل وترك ألف درهم، وأحد صاحبي الدين غائب أنه لا يسلم إلى الحاضر إلا خمسمائة؛ لأن هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض، والتزاحم.

***

الفَصْلُ الثَّانِي

فيما تثبت فيه
الشفعة وما لا تثبت

❁ **(مادة ١٠٥) : لا تثبت الشفعة إلَّا بعد البيع[١] مع وجود السبب الموجب[٢] لها[٣].**

ذكر المؤلف في هذه المادة أن الشفعة لا تثبت إلا بعد البيع؛ يعني لو سلم الشفيع شفعته قبل عقد البيع فتسليمه باطل وهو على شفعته بعد العقد، وإن سلمها بعد العقد بطلت، وإن لم يعلم بالبيع عند التسليم لمصادفة الإسقاط حقًّا واجبًا، وهي تثبت بالبيع قبل حصول ملك المشتري؛ ألا ترى أنه لو قال: بعت هذه الدار من فلان، وقال فلان: ما اشتريت، كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة لثبوت البيع بإقرار البائع، وإن لم يثبت ملك المشتري لإنكاره.

وكما تثبت الشفعة بعد البيع تثبت كذلك بعد ما هو في معنى البيع، وعليه فلا تجب الشفعة

---

(١) هذه المادة تطابق المادة (٩٠٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: حق الأخذ بالشفعة لا يثبت للشفيع بمجرد إرادة البيع، بل لا بد لثبوته من حصول عقد البيع الموجب لخروج المبيع عن ملك البائع، سواء صدر العقد من نفس المالك أو من وكيله أو وليه أو وصيه، ولا بد من وجود السبب الذي خول للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة من ابتداء حصول البيع إلى أن يحكم القاضي له بالشفعة؛ لأنه سبب في الأخذ، والسبب إذا عدم قبل وجود المسبب لا يوجد، إلَّا إذا وجد له سبب آخر يترتب عليه وجوده. انظر: المادة (١٠٢١) من شرح مجلة الأحكام العدلية.

(٣) وحكي عن مالك في رواية أن الشفعة تثبت في كل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب، والصدقة، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة فيه باتفاق، ووجه هذه الرواية: أنها اعتبرت الضرر فقط، واختلف الفقهاء في المهر وأرش الجنايات والصلح وبدل الخلع وما في معناها، فذهب الحنفية والحنابلة - في رواية صححها المرداوي - إلى عدم ثبوت الشفعة في هذه الأموال؛ لأن النص ورد في البيع فقط، وليست هذه التصرفات بمعنى البيع، ولاستحالة أن يتملك الشفيع بمثل ما تملك به هؤلاء، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة - في رواية أخرى - إلى ثبوت الشفعة في هذه التصرفات، قياسًا على البيع بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر، ثم نص الحنابلة على أن الصحيح عندهم: أنه إذا ثبتت الشفعة في هذه الحالة فيأخذه الشفيع بقيمته وفي قول: بقيمة مقابله.

قال ابن رشد: «اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالًا، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل: هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع بالثمن حالًا، أو هو مخير؟

قال مالك: يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئًا أو يأتي بضامن مليء.

وقال الشافعي: الشفيع مخير، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تأخر إلى وقت الأجل، وهو نحو قول الكوفيين، وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد؛ لأنها قد دخلت في ضمان الأول». بداية المجتهد : ٢/ ٢٥٩.

يقول ابن قدامة: «الشرط الرابع: أن يكون شقصًا منتقلًا بعوض، وأمَّا المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب، والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم». المغني : ٥/ ١٨٢.

فيما ليس ببيع، ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية؛ لأن الشفيع يملك على المشتري بمثل ما ملك هو، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فإما أن يأخذ بالقيمة وإمَّا أن يأخذ مجانًا بلا عوض، ولا سبيل إلى الأول؛ لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلًا.

أئمة الأحناف: والهبة بشرط العوض بمنزلة البيع؛ لأنه ليس لواحد منهما أن يرجع فيه، لهذا، فإن تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أئمة الأحناف الثلاثة، وعند زفر: تجب الشفعة بنفس العقد، وهذا بناء على أصل هو أن الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء، فهو تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه، فيكون ابتداؤه معتبرًا بلفظه، وانتهاؤه معتبرًا بمعناه، وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء، فهو تمليك مال بمال شرطًا، وكان بيعًا فاسدًا ابتداءً كما لو عقد بلفظ البيع أو التمليك؛ وهذا لأن في العقود يعتبر المقصود، وعليه ينبني الحكم. فلو وهب عقارًا من غير شرط العوض، ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك دارًا فلا شفعة في الدارين، لا في دار الهبة ولا في دار العوض؛ لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدأة إلا أنها اختصت بالمنع من الرجوع، إلا أن تكون عوضًا حقيقة، بدليل: أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز، ولو كان عوضًا حقيقة لما جاز؛ لأنه يكون ربًا، فدل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة، فلم يكن هذا معاوضة؛ بل كان هبة مبتدأة، فلم تجب به الشفعة.

وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن إقرار أو إنكار أو سكوت؛ لوجود معنى المعاوضة؛ وذلك لأن ما لا يصلح عوضًا في البياعات لا يصلح بدل الصلح.

(أما) في الصلح عن إقرار فظاهر؛ لأن المدعي ملك المدعى في حق المدَّعِي والمدعى عليه، فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضًا عن ملك ثابت في حقهما جميعًا، فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح، وليس هذا فحسب؛ بل إن الدار محل الدعوى يثبت للشفيع حق الشفعة؛ لأن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين، فصارا كأنهما تبايعا دارًا بدار، فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الأخرى.

وأما في الصلح عن إنكار؛ فلأن المدعي أخذ الدار عوضًا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة في حقه، وكان للشفيع فيها حق الشفعة، وذلك في الدار التي هي بدل الصلح لا الدار المدعاة؛ لأن الأخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعًا في حق من يأخذ منه؛ لأن الصلح عن إنكار في جانب المدعي معاوضة، فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه إذا كان عينًا،

فكان للشفيع حق الأخذ منه بالشفعة، وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة؛ لأن المدعى عليه يزعم أن الدار المدعاة ملكه؛ وإنما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال، ولكنه يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة، فإن أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعي، أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة؛ لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة، وإن لم تقم له الحجة فلا شفعة له، وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت؛ لأن المدعي إن كان محقًّا في دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة، وإن كان مبطلًا لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه، فلا تجب الشفعة مع الاحتمال؛ لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك، ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها، سواء كان الصلح عن إنكار أو إقرار؛ لأن بدل الصلح ليس بعين مال، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة.

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه دارًا أخرى فإن كان الصلح عن إنكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى؛ لأن الصلح إذا كان عن إنكار كان الصلح على معاوضة دار بدار، وإن كان عن إقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعًا؛ لأنهما جميعًا ملك المدعي.

ولو اشترى دارًا فسلم الشفيع الشفعة، ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك؛ لأن الرد بخيار الرؤية والشرط ليس في معنى البيع، ألا ترى أنه يرد من غير رضا البائع؟ بل هو فسخ محض في حق الكل، ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن فيعود إليه قديم ملكه، فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة.

وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضي؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ مطلق، وإن كان بغير قضاء القاضي فللشفيع الشفعة؛ لأن الرد بغير قضاء بيع جديد في حق ثالث، وكذا الإقالة قبل القبض أو بعده؛ لأنها بيع جديد في حق ثالث، ولا تجب الشفعة في القسمة، وإن كان فيها معنى المعاوضة؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة، بل فيها معنى الإقرار والتمييز، ألا ترى أنه يُجرى فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة، فلا تجب فيها الشفعة، كما إذا صالح عن دم عمد على دار أنه لا تجب الشفعة.

ويكتفى بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع، وإن كان

المشتري يكذبه[١]، لهذا تجب بشرط الخيار للمشتري لا البائع؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه، فإنه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار، وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة؛ لأن شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه؛ لأن الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث، وذلك لا يكون إلا بعد انقطاع حق البائع، وإن بيعت دار إلى جنبها، وكان الخيار للبائع فله فيها الشفعة دون المشتري؛ لأن الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع، وإذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع؛ لأنه قرر ملكه وجواره حين أخذ العين المبيعة بالشفعة باعتباره، فإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضًا للبيع؛ وهذا لأنه لو لم يجعل ناقضًا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد، حتى يستحق زوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له.

وإن أسقط البائع خياره وجبت الشفعة فيه؛ لوجود السبب وزوال المانع، وإذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها الشفعة؛ لأن حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشتري؛ ألا ترى أنه لو قال: كنت بعت هذه الدار من فلان، وقال المشتري: ما اشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة؟ ولأن المشتري قد صار أحق بها ملكًا أو تصرفًا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث، فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر.

والبيع الفاسد تجب فيه الشفعة بشرط سقوط حق الفسخ؛ وذلك لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقيًا على حاله، فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه، وبعد القبض، وإن كان يفيد الملك، لكن حق البائع باق فيها، وإنما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا سقط خياره، وإنما وجبت الشفعة بالقيمة؛ لأن البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى، وإنما يملك بالقيمة، والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري.

أصل المسألة: أن المشتري شراء فاسدًا إذا بنى في الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند

---

(١) تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة، والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري ؛ لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيب المشتري ؛ لأن البائع أصيل كالشفيع، فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر؟

أبي حنيفة، ومتى انقطع لزم البيع، فيظهر للشفيع الشفعة؛ لأن المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع، وقد بطل، وعندهما: لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة، فيكون للشفيع أن يأمر المشتري بهدم البناء؛ لأنه لو بناه في البيع الصحيح يكون له حق النقض، فإذا بناه في البيع الفاسد أَوْلَى.

هذه المادة تتفق مع المادة (٩٠٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « إذا اشترى شخص عقارًا تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن يتم تسجيل إعلان الرغبة وفقًا للمادة (٩١١) فقرة أولى؛ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها.

٢- وكذلك يكون الحكم إذا كان المبيع منقولًا وباعه المشتري إلى شخص لم يعلم بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة »[٢].

***

(مادة ١٠٦) : يشترط في البيع[٣] الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقارًا مملوكًا ولو غير قابل للقسمة، وأن يكون بيعه صحيحًا نافذًا أو فاسدًا انقطع فيه حق الفسخ خاليًا عن خيار شرط للبائع، وأن يكون العوض مالًا، ولا فرق في العقار بين أن يكون دارًا أو حانوتًا أو أرضًا أو كرمًا أو علوًّا[٤]...

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٠٦)، ص : ٣٦٧.

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٩٣٨) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي: « إذا اشترى شخص عينًا تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة إلّا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها ».

كما تقابل المادة (١١٣٧) من التقنين العراقي، والمادة (١١٥٤) من التقنين الأردني، والمادة (٨٩٤) من التقنين الكويتي.

(٣) ذكر لفظ: « المبيع » بدلًا من « البيع » في طبعة نظارة المعارف.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: لا يثبت هذا الحق في عموم الأحوال إلا بشروط يجب مراعاتها، وهي:

الأول: أن يكون المراد أخذه بالشفعة عقارًا مملوكًا أو وقفًا ساغ بيعه كما سيبين في شرح المادة (١١٣) سواء كان قابلًا للقسمة أو غير قابل لها فلا شفعة في المنقول، إلا إذا كان تابعًا للعقار، أو كان مثل حق التعلي والبناء في الأرض المحتكرة كما سيأتي بيانه، وحكمه: ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول أن العقار مستمر الوجود مع خطارته عند المالك فشرعت فيه الشفعة لدفع الضرر الدائم، بخلاف المنقول؛ فإن الشأن فيه أن أهميته كالعقار بل تتناوله الأيدي لأجل الانتفاع به فهو سريع التقلب، فضرره ليس كضرر العقار؛ ولأن الشفعة ثبتت في العقار على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

وقال الشافعي: لا تثبت الشفعة إلّا في العقار القابل للقسمة بخلاف ما لا يقبلها.

أو سفلًا[١].

ذكر المؤلف في هذه المادة شروط وجوب الشفعة، وبدأ حديثه بأن المبيع الذي تثبت فيه الشفعة يشترط أن يكون عقارًا مملوكًا ولو غير قابل للقسمة؛ وذلك لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على سبيل الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه، والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه، وعن جوار البعض لسوء خلقه فلإمكان أنه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الأخذ بالشفعة، وما ينقل ويحول لا يدوم، فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار.

ولهذا أيضًا لا تثبت لجار السكنى كالمستأجر، أو المستعير؛ لأن جواره ليس بمستدام، وكذلك يلتحق العقار في وجوب الشفعة ما في معناه مثل العلو؛ لأن حق التعلي يبقى على

= وقال الإمام مالك بثبوت الشفعة في البناء؛ لأنه عقار عنده، وتثبت في السفينة؛ لأنها يسكن فيها مثل البيت، وتثبت في الثمرة التي لم يتم نضجها وفي زرع لم يجئ أوان حصاده ونحو ذلك؛ كباذنجان وبطيخ لم يتم نضجه؛ إلحاقًا لذلك بالعقار لظهور الضرر.

الثاني: أن يكون العقار مستوفيًا شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم بالنسبة للبائع، فلو كان البيع باطلًا بأن فقد شرطًا من شرائط الانعقاد فلا شفعة فيه أصلًا لكونه لم ينعقد، ولو كان فاسدًا لكونه فقد شرطًا من شرائط الصحة فلا تثبت فيه الشفعة، إلَّا إذا انقطع فيه حق الفسخ بأن قبضه المشتري وتصرف فيه بالبيع أو بالوقف، أو نحو ذلك فحينئذ تثبت فيه الشفعة؛ لأن البائع لا يملك استرداده إليه بعد ذلك؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، وكل من المتعاقدين يلزمه فسخ العقد ما لم يمنع مانع منه كخروجه عن ملك المشتري، فإذا خرج عن ملكه بطل حق الفسخ، وفي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يأخذه بالشفعة؛ ولهذا كان اعتبار الطلب في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء، ولو كان في البيع خيار شرط أو خيار تعيين فلا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار، فلو بطل خياره بأن مضت مدة الخيار أو أجاز البيع ولو دلالة، فللشفيع الأخذ بالشفعة، ويلزمه أن يطلبها عند حصول البيع، ولو تأخر عن الطلب مع علمه به سقط حقه في الشفعة.

وقال بعضهم: يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار؛ لأن البيع إنما صار سببًا لإفادة الملك في ذلك الوقت، وثبوت الشفعة ينبني على انقطاع حق المالك بالبيع، وهو ينقطع به عند بطلان خياره وهو الظاهر.

فحاصل ما تقدم: أن الشفعة لا تثبت إلا عند تملك العقار بعوض هو مال، ولا فرق بين أن يكون العقار قابلًا للقسمة كبيت يصلح لأن يكون بيتين أو أرض واسعة يمكن قسمتها، أو غير قابل لها كبئر صغير لا يمكن جعله بئرين، وحمام لا يمكن جعله حمامين، ومقتضى ذلك أنه لا شفعة في العلو ولا له؛ لكونه ليس بعقار، ولكن جازت فيه وله؛ لأنه عقار حكمًا بسبب استمرار حق القرار على الدوام غير مهدد بالسقوط.

(١) جاء في الفتاوى الهندية: ٥/ ١٦٠: ومنها أن يكون المبيع عقارًا، أو ما هو بمعناه، فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والدور الصغار.

وقال الشافعي: لاتجب الشفعة إلا في عقار يحتمل القسمة، ويعلل العلامة الطحطاوي سبب هذا الاختلاف بأن الشفعة عند الشافعي تجب لدفع أجرة القسام، وعندنا - أي الحنفية - لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام، فكل على قاعدته، والنصوص تشهد للمذهب؛ لأنها مطلقة، وانظر: حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٦، رد المحتار: ص: ٢٣٦، بدائع الصنائع: ٥/ ١٨، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠١٧).

الدوام، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار، وسواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند الأحناف.

ولا شفعة في الزرع؛ لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها؛ ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذكر، فهو كالمتاع الموضوع في الأرض لا يستحق بالشفعة، وإن اشتري مع الأرض.

وإذا اشترى الرجل نهرًا بأصله، ولرجل أرض في أعلاه إلى جنبه، ولآخر أرض في أسفله إلى جنبه فلهما جميعًا الشفعة في جميع النهر من أعلاه إلى أسفله؛ لأن ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تأبيد وقرار؛ فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار، وكذلك القناة، والعين، والبئر، فهي من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار، وكذلك القناة يكون مفتحها في أرض ويظهر ماؤها في أرض أخرى، فجيرانها من مفتحها إلى مصبها شركاء في الشفعة؛ لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع، وبالاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار، وصاحب النصيب في النهر أَوْلَى بالشفعة ممن يجري النهر في أرضه؛ لأنه جار باتصال أرضه بالنهر، والشريك في المبيع مقدم على الجار.

وذهب الإمام مالك - رحمه اللَّه - إلى أن الشفعة تجب في السفن[1].

وجه قوله: أن السفينة أحد المسكنين، فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر، وهو العقار، ولنا ما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: **« لا شفعة إلَّا في ربع أو حائط »**[2]؛ لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنًا، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام؛ وذلك لا يتحقق إلا في العقار، وكذلك يشترط في وجوب الشفعة أن يكون بيع العقار صحيحًا نافذًا أو ما هو في معنى البيع، فلا تجب الشفعة إن لم تكن بيعًا أو ما في معناه، كالهبة بشرط العوض، وبدل الصلح.

فلا تجب بالهبة الخالية عن شرط العوض والصدقة والميراث والوصية؛ وذلك لأن الشفيع يملك العقار بمثل ما ملك، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلا شفعة.

وكذلك يشترط زوال ملك البائع عن المبيع؛ لأن الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به، فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري، فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع؛ لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة؛ لأنه تبين أن المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة؛ لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٣.

(٢) نصب الراية: ٤/ ٨٧١.

وحق الشفعة يقف عليه، ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لأجل خيار البائع.

ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له؛ لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه، وإنه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له؛ لأن البيع تم من جهته، فصار كأنه باع ابتداءً، وإن فسخ البيع فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يحوز هو بمضي المدة، فتكون له الشفعة، وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع.

ويشترط كذلك أن يكون العوض مالًا، فلا تجبُ الشفعة في معاوضة المال بغير المال؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري، فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال لامتنع التملك أصلًا، وعلى هذا يخرج ما إذا صالح عن دم العمد على دار أنه لا تجب الشفعة؛ لأن القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال، وكذا لو صالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لما قلنا، ولو صالح من جناية توجب الأرش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالأرش لوجود معاوضة المال بالمال، وكذا لو أعتق عبدًا على دار؛ لأن العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال.

وكذلك يشترط في وجوبها معاوضة عين المال بعين المال، فلا تجب في معاوضة عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا أن التملك بما تملكه به المشتري غير ممكن، والتملك بعين المال ليس تملكًا بما تملك به المشتري فامتنع أصلًا، وعلى هذا يخرج ما إذا جعل الدار مهرًا بأن تزوج على دار، أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار، أو جعلها أجرة في الإجارات بأن استأجر بدار؛ لأن هذا معاوضة المال بالمنفعة؛ لأن حكم الإجارة ثبت في المنفعة، وكذا حكم النكاح، وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف، والمنفعة ليست بمال عند الأحناف، وقال الشافعي: هذا ليس بشرط، وتجب الشفعة في هذه المواضع، فيأخذها الشفيع بمهر المثل في النكاح والخلع، وفي الإجارة بأجرة المثل[1].

وجه قوله: أن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الإمكان، وعند التعذر تقام قيمته مقامه؛ ألا ترى أنه لو اشترى دارًا بعبد فالشفيع يأخذها بقيمة العبد لتعذر الأخذ بمثله؛ إذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه، كذا هاهنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف، فتقام قيمة العوض مقامه.

ولنا أن المنافع في الأصل لا قيمة لها عند الأحناف، والأصل فيها أن لا تكون مضمونة؛

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٣.

لأن الشيء يضمن بمثله في الأصل، والعرض لا يماثل العين؛ ولهذا قالوا إنها لا تضمن بالغصب والإتلاف، إلَّا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة، ولحاجة الناس، فبقي ما وراء ذلك على الأصل، فلا يظهر تقومها في حق الشفيع، ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفًا فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة في حصة الألف.

وجه قولهما: أن الدار بعضها مهر وبعضها مبيع، فلئن تعذر إيجاب الشفعة في حصة المهر أمكن إيجابها في حصة المبيع فتجب في حصته.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يمكن إيجاب الشفعة في حصة المبيع إلَّا بعد قسمة الدار[1] وفي قسمتها تقويم المنافع، ولا قيمة لها إلا عند الضرورة على ما بينًّا؛ ولأن المهر في الدار هو الأصل؛ لأنها إنما دفعت الألف لتسلم لها الدار، فإذا لم تثبت الشفعة في الأصل فكيف تجب في التابع؟ ولو تزوجها على مهرٍ مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمًى، ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة؛ لأن هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة، ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهرًا لا تجب فيها الشفعة؛ لأن الغرض منه ليس ببيع، بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة.

***

● (مادة ١٠٧): **يشترط أن يكون العقار المشفوع به ملكًا للشفيع وقت شراء العقار المشفوع، وأن لا يصدر من الشفيع رضاء بالبيع لا صراحة[2]..............................**

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: ٥/ ١٣.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: يشترط أن يكون العقار المشفوع به ملكًا للشفيع من وقت العقد إلى وقت ثبوت الملك له في العقار المشفوع بالتراضي أو بقضاء القاضي.

كما يشترط ألا يصدر منه ما يدل على رضائه بالشراء صراحة أو دلالة، فلو قال: أبطلت حقي في الشفعة، أو شهد على عقد البيع ولم يطلب الشفعة، أو ضمن الدرك بأن قال للمشتري: ما أدركك في هذا البيع فأنا ضامن له، أو ساوم المشتري فيما اشتراه بيعًا أو إجارة سقط حقه في الشفعة؛ لأن ملك المبيع قد تم للمشتري من جهته، فبطلبه الشفعة بعد ذلك يكون ساعيًا في نقضه، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

وقد اشترط الفقهاء للأخذ بالشفعة: أن يكون الشفيع مالكًا للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه؛ لأن سبب الاستحقاق قيام الملك، والسبب إنما ينعقد سببًا عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود.

وجاء في بدائع الصنائع : ٥/ ٢٠ : « ومنها ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة؛ لأن سبب الاستحقاق جوار الملك، والسبب إنما ينعقد سببًا عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود، فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببًا؟ فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجدًا، ولا بدار جعلها وقفًا، وقضى القاضي بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف؛ لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد ».

ولا دلالة[1].

يكمل المؤلف في هذه المادة شروط وجوب الشفعة التي ذكرها في المادة السابقة، فيذكر اشتراط أن يكون العقار المشفوع به ملكًا للشفيع وقت شراء العقار المشفوع؛ لأن سبب الاستحقاق جوار الملك، والسبب إنما ينعقد سببًا عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود، فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببًا؟ فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجدًا، ولا بدار جعلها وقفًا، وقضى القاضي بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف؛ لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد.

ويشرط أن لا تكون الدار المشفوعة ملكًا للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه، وعلى هذا يخرج ما إذا باع المأذون دارًا والمولى شفيعها أنه إن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأنها ملك المولى، والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون، فكان بمنزلة الأجنبي، وكذا إذا باع المولى دارًا والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز، وإن لم يكن عليه دين فلا يتصور الأخذ بالشفعة؛ لأن الأخذ يقع تملكًا للمولى، وتملك المولى محال، ولو اشترى المأذون دارًا والمولى شفيعها، فإن كان عليه دين فلمولاه الشفعة؛ لأن الملك بالشراء لم يقع للمولى، وإن لم يكن عليه دين فلا يستحق الأخذ بالشفعة؛ لأن الملك يقع له، وكذا إذا اشترى المولى دارًا، والمأذون شفيعها، فإن كان عليه دين فله الشفعة، وإن لم يكن فلا يتصور الأخذ بالشفعة لما قلنا.

وأمَّا المكاتب إذا باع أو اشترى دارًا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الأجنبي؛ لأنه حر يدًا، ألا ترى أنه لا سبيل لمولاه على ما في يده؟ فكان في حق ما في يده ملحقًا بسائر الأجانب.

كذلك يشترط عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعًا لضرر المشتري، فإذا رضي بالشراء أو بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة، ثم الرضا قد يكون صريحًا وقد يكون دلالة.

أمَّا الصريح فلا يشكل.

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر: الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤٣، الفتاوى الهندية: ٥/ ١٦٦، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠١٨).

وأمَّا الدلالة فنحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها، بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له؛ لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد، وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري، وكذلك المضارب إذا باع دارًا من مال المضاربة، ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة لرب الدار، سواء كان في الدار ربح أو لم يكن.

أما إذا لم يكن فيها ربح؛ فلأن المضارب وكيله بالبيع، والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة، وأنه يمنع وجوب الشفعة وإن كان فيها ربح.

أما في حصة رب المال فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع في حصته.

وأمَّا في حصة المضارب، فلأنه متى امتنع الوجوب في حصة رب المال - فلو ثبت في حصة المضارب - لأدى إلى تفريق الصفقة على المشتري وإنه لا يجوز؛ ولأن المشتري صار شريكًا للمضارب، والشريك مقدم على الجار، ولو اشترى أجنبي دارًا إلى جنب دار المضاربة؛ فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة؛ لأن حق الأخذ له فيملك تسليمه، وإن لم يكن في يده وفاء؛ فإن كان في المضاربة ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعًا؛ لأن الدار مشتركة بينهما، وإن لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأن الدار ملكه خاصة، والشفعة من حقوق الملك، وعلى هذا يخرج ما إذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشتري فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع أنه لا شفعة للشفيع؛ لأن ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه؛ لأن تمام العقد وإبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا.

وكذا لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع أنه لا شفعة للشفيع؛ لأنه لما ضمن الدرك فقد صار راضيًا بالعقد وحكمه، وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة. وأما إسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لأهل الذمة فيما بينهم، وللذمي على المسلم؛ لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه، والكافر والمسلم في ذلك سواء؛ لأنه من الأمور الدنيوية، وروي عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمي على مسلم، فكتب إلى سيدنا عمر - رضي اللّٰه تعالى عنه - فأجازه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة؛ فيكون ذلك إجماعًا.

***

(مادة ١٠٨) : لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض[١] ....

(١) جاء في الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦٠ : لا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة =

مشروط فيها أو صدقة أو إرث[1] أو وصية، ولا في عقار ملك ببدل ليس بمال كما لو استأجر شيئًا بدار أو حانوت[2].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن الشفعة لا تكون فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها، أو صدقة أو إرث أو وصية؛ وذلك لأن الشفعة يشترط فيها أن تكون بعقد معاوضة إما في البيع أو ما في معناه كالهبة بشرط العوض؛ لأن الآخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فإما أن يأخذ بالقيمة، وإما أن يأخذ مجانًا بلا عوض ولا سبيل إلى الأول؛ لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلًا.

وقد ذكر المؤلف في المادة (١٠٦) أن العوض مقابل العقار المباع لا بد أن يكون مالًا، فلا تجب الشفعة إذا لم يكن ثمة عوض كالهبة بلا عوض والصدقة والإرث والوصية؛ لأنها بلا مقابل فيعجز الشفيع عن تملك الشفعة؛ لأن الشرع لم يشرع التملك بالشفعة إلَّا بما تملك به المشتري صورةً ومعنًى، أو معنًى بلا صورة، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه الأشياء؛ لأنها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعًا.

وعلى هذا يخرج ما إذا صالح عن دم العمد على دار أنه لا تجب الشفعة؛ لأن القصاص

= والميراث والوصية؛ لأن الأخذ بالشفعة تمليك على المأخوذ منه بما تملك هو به؛ فإذا انعدم معنى المعاوضة، فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو مجانًا لا سبيل إلى الأول؛ لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة، ولا إلى الثاني؛ لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلًا، وإن كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة، وإلى هذا أيضًا ذهبت المادة (١٠٢٢) من مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء فيها أن: « الهبة بشرط العوض في حكم البيع ». انظر: حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٦، بدائع الصنائع : ٥/ ١٥، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٢، المبسوط : ١٤/ ١٤٠، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٥٨، ٥٥٩، رد المحتار : ٦/ ٢٣٦، الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ١٤٥.

(١) في طبعة دار الفرجاني « وارث »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال؛ لأن الشفعة تثبت على خلاف القياس في معاوضة المال بالمال فيقتصر عليها، فلو لم يكن عوض بأن وهب شخص بيته لآخر فلا شفعة فيه، ولو كان هناك عوض بأن تزوج رجل امرأة وجعل مهرها بيتًا فلا تثبت فيه الشفعة؛ لأن الشفعة إنما تجب في مبادلة مال بمال كما تقدم.

وقال الشافعي: تجب فيما إذا جعل البيت مهرًا، أو جعل بدل منفعة كسكنى بيت عشر سنين مثلًا؛ لأن المنفعة مال عنده فأمكن الأخذ بقيمتها.

فلو كان العوض غير مال: بأن ملك بهبة لم يشترط فيها عوض أو بصدقة أو إرث فلا شفعة فيه، ولا في عقار ملك بعوض هو منفعة، كما لو استأجر إنسان أرضًا مثلًا وجعل الأجرة بيتًا، فإن البيت جعل بدل منفعة الأرض، وهي ليست بمال عند الأحناف كما تقدم.

ليس بمال، فلم توجد معاوضة المال بالمال، وكذا لو صالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار، ولو صالح من جناية توجب الأرش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالأرش؛ لوجود معاوضة المال بالمال، وكذا لو أعتق عبدًا على دار؛ لأن العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال.

وكذلك لا تجب الشفعة إذا كان هناك عوض ولكنه ليس مالًا، وذلك لما ذكرنا أن التملك بما تملكه به المشتري غير ممكن، والتملك بعين المال ليس تملكًا بما تملك به المشتري فامتنع أصلًا، وعلى هذا يخرج ما إذا جعل الدار مهرًا بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار، أو جعلها أجرة في الإجارات بأن استأجر بدار؛ لأن هذا معاوضة المال بالمنفعة؛ لأن حكم الإجارة ثبت في المنفعة، وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف، والمنفعة ليست بمال عند الأحناف.

وقال الشافعي: هذا ليس بشرط، وتجب الشفعة في هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع، وهي مهر المثل في النكاح والخلع، وفي الإجارة بأجرة المثل[١].

***

● (مادة ١٠٩) : لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصدًا بدون الأرض القائم عليها، فإذا بيع البناء والشجر تبعًا للأرض تثبت[٢] فيه الشفعة[٣].

ذكر المؤلف في هذه المادة: أن البناء والشجر والمنقولات بوجه العموم لا تجب فيها

---

(١) انظر: بدائع الصنائع : ٥/ ١٣.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا شفعة في بيع الشجر بدون الأرض، سواء كان نخلًا أو كرمًا أو غيرهما، وسواء كان له حق القرار أو لا؛ لأنه منقول؛ ولكن لو بيع مع الأرض المشغولة به جاز أخذه بالشفعة تبعًا للأرض.

(٣) جاء في المبسوط : ١٤/ ١٣٣: « وإذا اشترى نخلًا ليقطعه فلا شفعة فيه، وكذلك إذا اشتراه مطلقًا؛ لأن الأرض لا تدخل في هذا الشراء، والنخل بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة، فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة؛ لأنها تابعة للأرض في الحال ». انظر أيضًا: مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٢٠)، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٤٦، ٥٤٧، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٢، رد المحتار : ٦/ ٢٣٦، ٢٣٧، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦٥.

وإذا اشترى بناء دار على أن يعلقه، فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشتر معه الأرض، والبناء بدون الأرض منقول، ولا يستحق المنقول بالشفعة؛ وهذا لأن حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام، وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون الأرض، فإن اتصال أحد الملكين بالآخر لا يكون اتصال تأبيد وقرار، والدليل عليه: أنه إنما يستحق بالشفعة ما تستحق به الشفعة، وبملك البناء بدون الأرض لا يستحق بالشفعة، فأما من له بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحبسه لا يستحق الشفعة، فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة إلا تبعًا للأرض، وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء، وهو النصف، فلا شفعة في هذا والبيع فيه فاسد؛ لأنه يريد أن ينقضه، والشريك يتضرر به، فإن قسمته لا تتأتى ما لم ينقض الكل، وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى، وكذلك لو كان البناء كله لإنسان فباع نصفه؛ لأنه لا يقدر =

الشفعة قصدًا بدون العقارات؛ لأن المقصود من وجوب الشفعة في العقار وما في حكمه - كالعلو دون المنقول - لدفع ضرر الجوار المحتمل والذي يكتسي ثوب الدوام، ووجوبها في المنقولات تبعًا للعقار، وعليه فلو اشترى نخلًا ليقطعه فلا شفعة فيه، وكذلك إذا اشتراه مطلقًا؛ لأن الأرض لا تدخل في هذا الشراء، والنخل بدون الأرض، كالبناء لا يستحق بالشفعة، فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة؛ لأنها تابعة للأرض في هذا الحال، وكذلك إن اشترى زرعًا أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة، وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحسانًا، وفي القياس لا شفعة في الزرع؛ لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها؛ ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذكر، فهو كالمتاع الموضوع في الأرض لا يستحق بالشفعة وإن اشتري مع الأرض.

ووجه الاستحسان: أن الزرع متصل بالأرض ما لم يحصد، وما كان من المنقول متصلًا بالعقار يستحق بالشفعة تبعًا، كالأبواب، والشرب المركبة؛ يوضحه: أن الشفيع يقدم على المشتري شرعًا، وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري، بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع؛ لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري، فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودًا، وذلك ممتنع.

وقد أشرنا إلى أن ما في حكم العقار يأخذ حكمه من وجوب الشفعة؛ لهذا فالعلو يستحق الشفعة؛ لأنه حق متعلق بالبقعة على التأبيد، وهو كنفس البقعة، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو العلو؛ إذ كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة؛ لأنه لا يبقى على وجه الدوام، وإنما استحسنوا لأن حق الوضع متأبد فهو كالعرصة، ويستحق به السفل على أنه مجاوره، وذلك إذا لم يكن طريقه طريق السفل، وإن كان طريقهما واحدًا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق؛ لأن حق التعلي يبقى على الدوام، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار، ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة، وإنما لم يعتبروا البناء في حكم العقار؛ لأنه ليس له حق البقاء على الدوام، بل هو على شرف الزوال.

***

● (مادة ١١٠) : لا شفعة في البناء والشجر القائمين في أرض محتكرة أو في الأراضي[(١)]

= على التسليم إلا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع؛ وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعًا في سقف.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: لا شفعة في البناء إذا بيع قصدًا غير تابع للأرض التي هو فيها مطلقًا، سواء كان في أرض غير محتكرة أو في أرض محتكرة؛ لأنه منقول.

وقال بعض علماء الحنفية: تثبت الشفعة في البناء والشجر الموجودين في الأرض المحتكرة، لما لهما من حق القرار الدائم=

الأميرية.

ذكر المؤلف في هذه المادة: أن البناء والشجر القائمين في أرض محتكرة أو في الأراضي الأميرية لا تكون فيهما شفعة؛ وذلك لأن البناء والشجر لا يباع إلَّا تبعًا للعقار، والأرض هنا لا تدخل في الشراء؛ لأنها ليست للبائع، ولم يأخذ البناء هنا حكم العقار؛ لأنه ليس له حق البقاء على الدوام، بل هو على شرف الزوال، فإن امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل في الأرض المحتكرة يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره، وكذلك إن امتنع أن يدفع في الأميرية ما عين لها يؤمر برفع البناء، فلم يكن هنا للبناء حق البقاء على الدوام.

وقد نصت المادة (١٠١٩) من مجلة الأحكام العدلية: أن الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول، لا تجري الشفعة فيها؛ وذلك لأن الأراضي الأميرية والموقوفة ليست ملك شخص معلوم وما استقر عليها من البناء والأشجار لا يعد عقارًا، فلا شفعة في البناء والشجر الموجود في الأراضي الأميرية أو الموقوفة[1].

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٠٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١- « لا يجوز الأخذ بالشفعة:

(أ) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقًا لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية.

(جـ) إذا كان المال قد بيع ليجعل محل عبادة أو مدرسة أو مستشفى أو ليلحق بشيء من ذلك.

٢- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة »[3].

= قياسًا على حق التعلي، ولكن معظم علماء المذهب قد صرحوا بأن الشفعة لا تثبت فيها؛ لأن حق القرار قد يسقط بامتناع المحتكر عن دفع الحكر، بخلاف حق التعلي؛ فإنه لا يسقط بحال من الأحوال، نعم لو بيع المنقول تبعًا للأرض تثبت فيه الشفعة تبعًا.

وقال مالك: تثبت الشفعة في البناء مطلقًا؛ لأنه عقار عنده كما تقدم.

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠١٩).

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٠٨)، ص : ٣٦٨.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٣٩) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

● **(مادة ١١١) : الأراضي الأميرية التي بأيدي المستحقين لمنفعتها[١] لا يصح بيعهم لها فلا[٢] شفعة فيها[٣].**

ذكر المؤلف في هذه المادة أن الأراضي الأميرية لا شفعة فيها؛ وذلك لأنه يشترط لوجوب الشفعة في العقار المبيع أن يكون مملوكًا، والأراضي الأميرية غير مملوكة لمن هي في يده، بل له منفعتها فقط فلا يصح بيعها منه، وكل ما لا يجوز بيعه من العقار لا شفعة فيه كما هي القاعدة.

فالأراضي التي حازها الإمام لبيت المال وتدفع للناس مزارعة، فصار لهم فيها بناء وأشجار، فإن بيع هذه الأراضي باطل فلا شفعة فيها، فإذا ادعى واضع اليد الذي تلقاها شراء أو إرثًا أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه، وأنه يؤدي خراجها فالقول له، وعلى من يخاصمه في الملك البرهان، وإن صحت دعواه عليه شرعًا، واستوفيت شروط الدعوى، وإنما تجب الشفعة في الأراضي التي يملك رقابها كالخراجية والعشرية؛ إذ الخراج والعشر

= ١- « لا يجوز الأخذ بالشفعة:

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقًا لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(جـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

٢- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ».

وهذه المادة تقابل المادة (١١٣٤٥) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (١١٦١) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (٨٩٣) من التقنين الكويتي.

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٠٨) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية: ص : ٣٦٨. انظر المادة (١١٠) من مرشد الحيران.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: تقدم أن الشفعة لا تثبت إلا بعد البيع، وأنه يلزم أن يكون المبيع مملوكًا للبائع، وأن يكون البيع صحيحًا أو فاسدًا انقطع فيه حق الفسخ.

وينبني على ذلك ما يأتي:

أولًا: الأراضي الأميرية التي هي ملك للحكومة الموجودة تحت أيدي المستحقين لمنفعتها لا ينفذ بيعهم لها، بل يتوقف على إذن الحكومة، وما لم تأذن لا تثبت فيها الشفعة؛ لأن البيع لم يخرج عن ملك صاحبه، والشفعة لا تثبت إلا بعد صدور العقد مستوفيًا جميع شرائطه كما تقدم.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦٠ : قال أصحابنا: الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودًا، وإنما تجب تبعًا للعقار، وإنما تجب مقصودًا في العقارات كالدار والكرم وغيرها من الأرض، وتجب في الأراضي التي تملك رقابها حتى إن الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال ويدفعها إلى الناس مزارعة فصار لهم فيها كردار كالبناء والأشجار والكبس إذا كبسوها بتراب نقلوه من مواضع يملكونها، فلو بيعت هذه الأراضي، فبيعها باطل وبيع الكردار إن كان معلومًا يجوز، ولكن لا شفعة فيه. انظر أيضًا: البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٤٨.

لا ينافي الملك، فيجوز بيعها وإيقافها، وتكون ميراثًا كسائر أملاكه فتثبت فيها الشفعة الأميرية، فلا توقف ولا ترهن ولا توهب، ولا تباع ولا تجري الشفعة فيها، ولا تورث لعموم الورثة، بل تنتقل انتقالًا عاديًّا حسب قانون الأراضي؛ حيث قد ذكر في المادتين (١٢٧٧، ١٢٧٨) الأمور التي يحصل بها التحجير، ثم ذكر في المادة (١٢٧٩) حكم التحجير فكان ذلك ترتيبًا حسنًا، وكان من المقتضى أن تأتي هذه المادة عقب المواد (١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦).

***

(مادة ١١٢) : إذا باع ولي الأمر شيئًا من الأراضي الأميرية التي ليست في يد أحد من الزراع، أو باع للزراع شيئًا من الأراضي التي في أيديهم بمسوغ شرعي كوصي اليتيم، فبيعه صحيح تثبت فيه الشفعة[1].

ولكن لو باع ولي الأمر شيئًا من أراضي الحكومة، سواء كانت الأرض تحت يد الحكومة أو في يد المزارعين وكان البيع مستوفيًا شرائطه، ووجد مسوغ البيع بأن كانت ليست من المنافع العمومية، وليس في بيعها غبن فاحش ثبتت فيها الشفعة؛ لوجود البيع المترتب عليه حق الأخذ بها.

***

(مادة ١١٣) : لا شفعة في الوقف ولا له[2]، فإذا بيع عقار مجاور لوقف أو كان بعض المبيع ملكًا وبعضه وقفًا وبيع الملك[3] ....

(١) يجوز بيعها ووقفها فتثبت فيها الشفعة بشرط أن يكون البيع بمسوغ شرعي. انظر: الاستخراج في أحكام الخراج لابن رجب الحنبلي : ص : ٢٤١، ٢٨٨.

(٢) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٠٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: الأرض الموقوفة لا تكون سببًا في الأخذ بالشفعة؛ لأن سبب الأخذ اتصال ملك الشفيع، وأعيان الوقف ليست مملوكة لأحد، وحينئذ فلا شفعة للناظر؛ لأنه ليس بمالك، ولا للمستحقين؛ لأنهم يستحقون المنفعة ولا يملكون الرقبة.

ولكن يؤخذ بالشفعة إذا بيع بمسوغ شرعي بأن شرط الواقف استبداله واستبدل بدون أن يحصل في بيع العين الموقوفة غبن فاحش، أو كانت أعيان الوقف خربة لا يفي إيرادها بمصاريفها، أو كان الوقف عامرًا، وكان في الاستبدال منفعة محققة للوقف على رأي من يقول بجواز بيعه إذا تحققت المنفعة، وأما إذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال بأن كان مسجدًا فلا يؤخذ بالشفعة؛ لعدم صحة البيع، ولعل قول بعض العلماء لا شفعة في الوقف مبني على ما ذكر من عدم جواز بيعه، وبهذا يتضح جليًّا أن قولهم لا شفعة في الوقف ولا له ليس على إطلاقه.

ولا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار، فإذا بيع عقار مجاور لوقف، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك فلا شفعة للوقف، ولا لقيِّمه ولا للموقوف عليه، وجاء في البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٤٨ : « وكذا لو بيعت دار بجنب =

فلا شفعة للوقف[١].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن الوقف لا شفعة فيه ولا له، ولا للقيم ولا للموقوف عليه لعدم المالك؛ وذلك لأن حق الشفعة ينبني على صحة البيع، فما لا يجوز بيعه من العقار، كالأوقاف لا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى جواز بيع الوقف.

والوقف منه ما لا يملك بحال فلا شفعة فيه؛ لعدم صحة بيعه، ولا لقيمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك، ومنه ما قد يملك، كما إذا كان غير محكوم به فلا شفعة له لعدم المالك، بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع، وأما إذا بيع بجواره أو كان بعض المبيع ملكًا وبعضه وقفًا وبيع الملك فلا شفعة للوقف.

وقد ذكر المؤلف في المادة (١٠٦) أنه يشترط في العقار المبيع أن يكون مملوكًا؛ لهذا لا شفعة في الوقف كما سبق.

***

(مادة ١١٤) : لا تجري الشفعة في القسمة، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين[٢]، فلا يكون الجار شفيعًا فيها[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن عدم جريان الشفعة في القسمة؛ وذلك لأنها ليست ببيع محض، بل فيه معنى الإفراز؛ ألا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها؟ ولا خلاف أن في القسمة معنى الإفراز، والشفعة إنما شرعت في البيع فلا يصح إثباتها في الذي يخالفه كما لم تجب في معاوضة مال بغير مال.

فلو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز؛ وهو تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء؛ ولهذا يجري فيها الجبر، والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة من كل وجه.

= دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي ».

(١) انظر : الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦١، الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ١٤٣، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠١٨).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا تثبت الشفعة بقسمة العقار، فإذا كان لشريكين فأكثر قطعة أرض فاقتسماها فلا تثبت الشفعة فيها؛ لأن قسمة القيميات وإن كان فيها معنى المبادلة ولكنها أيضًا فيها معنى إفراز ملك كل شخص على حدته؛ ولهذا يجوز أن يجبر بعض الشركاء على القسمة؛ وإنما تثبت الشفعة في البيع الذي هو بمعنى المبادلة المطلقة.

(٣) جاء في « البناية في شرح الهداية » : ٨/ ٥٦٧: « وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ وذلك لأن القسمة فيها معنى الإفراز وهو تمييز الحقوق ». لمزيد من التفاصيل انظر : رد المحتار : ٦/ ٢٣٧، حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٦، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٥، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٨١، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠٢٧).

وأمَّا كون المقاسم جارًا بعد الإفراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له؛ لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدمًا على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع، فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا، حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذي يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر.

***

● (مادة ١١٥) : لا شفعة فيما بيع بيعًا فاسدًا إلا إذا انقطع حق البائع عنه، بأن قبضه المشتري وتصرف فيه تصرفًا يمنع فسخ البيع، كأن وهبه[١] أو بنى أو غرس فيه[٢].

ذكر المؤلف في هذه المادة أن البيع الفاسد لا شفعة فيه إلا إذا انقطع حق البائع عنه؛ لأن وجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع، وعند فساد البيع حق البائع في النقض والرد إلى ملكه ردًّا للفساد لم ينقطع؛ ولأن في إثبات حق الأخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد، وهو معصية، والتقرير على المعصية معصية، كما أن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقيًا على حاله، فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: إذا باع الإنسان قطعة أرض بيعًا فاسدًا، بأن فقد البيع شرطًا من شروط الصحة فلا تثبت الشفعة فيها ما لم ينقطع حق الفسخ؛ لأن المشتري وإن كان قد ملكها بالقبض إلا أن في ثبوت الشفعة تقرير الفساد، وهو لا يجوز شرعًا، ولكن لو انقطع حق الفسخ بأن قبضها المشتري وتصرف فيها تصرفًا يمنع من الفسخ بأن باعها أو وهبها أو بنى أو غرس فيها أشجارًا ثبتت فيها الشفعة لزوال المانع.

(٢) جاء في بدائع الصنائع للكاساني : ٥/ ١٩ : « ومنها زوال حق البائع، فلا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسدًا؛ لأن للبائع حق النقض والرد إلى ملكه دفعًا للفساد، وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ؛ كالزيادة المتصلة أو المنفصلة، وزوال ملك المشتري، ونحو ذلك كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة؛ لأن المانع قيام الفسخ وقد زال، كما لو باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة؛ لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار، فكذا هذا، ولو باعها المشتري شراءً فاسدًا بيعًا صحيحًا فجاء الشفيع فهو بالخيار؛ إن شاء أخذها بالبيع الأول وإن شاء أخذها بالبيع الثاني؛ لأن حق الشفيع ثابت في كل واحد من البيعين؛ لوجود سبب الثبوت في كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار، غير أنه إن أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن، وإن أخذ بالبيع الأول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض؛ لأن الشفيع يتملك بها تملك به المشتري، والمشتري الثاني تملك بالثمن؛ لأن البيع الثاني صحيح، والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن، والمشتري الأول تملك المبيع بقيمته؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن، وإنما تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأن المبيع بيعًا فاسدًا مضمون بالقبض كالمغصوب، وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي حنيفة فيمن اشترى أرضًا شراء فاسدًا، فبنى عليها أنه يثبت للشفيع حق الشفعة؛ لأن حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل، فزال المانع من وجوب الشفعة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يثبت؛ لأن حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائمًا ».
انظر : رد المحتار : ٦/ ٢٣٨، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٧، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦١، المبسوط : ١٤/ ١٤٢، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٦٣، ٥٦٤، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٤، ٢٥٥، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٨٠، مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠٢٦).

القبض، وإن كان يفيده لكن حق البائع باق فيها بالاسترداد، وإنما لم تجب الشفعة؛ لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط الفسخ؛ إما لاتصال المبيع بزيادة أو؛ لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة، فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا سقط خياره، وإنما وجبت الشفعة بالقيمة؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن، وإنما تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأن المبيع بيعًا فاسدًا مضمون بالقبض كالمغصوب.

فإذا اشترى دارًا شراء فاسدًا وقبضها وبناها، فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا ينقطع حقه في الاسترداد، ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع؛ لأنه بنى في بقعةٍ غيرُهُ أحق بتملكها منه، فينقض بناءه للرد على صاحب الحق، كالمشتري إذا بنى في الشقص المشفوع؛ وهذا لأن البناء بيع لحق الثابت في الأصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنًى في البيع، ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع.

ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت، ولا يسقط بإسقاط البائع؟ وإن ذلك مستحق له وعليه شرعًا، ثم بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه، فلأن ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أَوْلَى، أرأيت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده؟ وهذا لا وجه لمنعه، فالمشتري إذا وجد بها عيبًا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردها بالعيب، فلأن يردها بفساد البيع كان أَوْلَى، وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع، فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما.

وأبو حنيفة يقول: لو بنى في ملك نفسه بتسليط من له الحق، فلا ينقض بناؤه لحقه، كالموهوب له يبني في الدار الموهوبة، وبيان الوصف أن الحق في الاسترداد للبائع، فهو الذي سلط المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها والبيع، وإن فسد شرعًا، فالتسليط من البائع بقي معتبرًا في حقه[1].

والدليل عليه: أن سائر تصرفات المشتري من البيع، والهبة، والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد، وما كان ذلك إلا باعتبار تسليطه إياه على ذلك، وبه فارق الشفيع، فإنه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف؛ ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه، وإذا عرفنا هذا فنقول: عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة؛ لبقاء حق البائع في الاسترداد، وعند أبي حنيفة: يجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأن حق البائع في الاسترداد قد انقطع، فيأخذها الشفيع بقيمتها، وينقض بناء المشتري لحق الشفيع، وهما بهذا الحرف

(١) انظر: المبسوط: ١٤/١٤٨.

يستدلان على أبي حنيفة فيقولان: لا قرار لهذا البناء بالاتفاق، بل رفعه مستحق إما لحق البائع، أو لحق الشفيع، وأبو حنيفة يقول: لهذا البناء قرار في حق البائع، فإنه حصل بتسليط فينقطع به حق البائع في الاسترداد، ولكن لا قرار له في حق الشفيع، فيكون له أن ينقضه للأخذ بالشفعة، وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع، والهبة، والصدقة، فإنه يقطع حق البائع في الاسترداد، ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع، فإن باعها المشتري بيعًا صحيحًا فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى، وإن شاء أبطل البيع الثاني، وأخذها بالبيع الأول بالقيمة، لاجتماع سببين فيها، لثبوت حق الأخذ له، فيأخذ بأي السببين شاء.

وهما يفرقان بين هذا وبين البناء، ويقولان: تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد، وفي البناء حقه في البيع؛ لأن البناء بيع للأصل، وفي هذا القول إشكال، فالشفيع إذا نقض البيع الثاني، فقد صار ذلك كأن لم يكن، وقيل: البيع الثاني يرد على البائع الأول، ولا شفعة فيها، فكذلك بعد ما انتقض البيع الثاني من الأصل، ولكن الجواب عنه أن البيع الثاني من الأصل الثاني صحيح مزيل لملك المشتري، وإنما ينقض لحق الشفيع، فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلًا حقه في الأخذ بالشفعة، وإن اشتراها شراءً فاسدًا ولم يقبضها حتى بيعت دار إلى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة؛ لأن الأول في ملكه، فيكون جارًا بملكه الدار الأخرى، فإن سلمها إلى المشتري بطلت شفعته؛ لأنه أزال جواره باختياره قبل الأخذ بالشفعة، ولا شفعة فيها للمشتري؛ لأن جواره محدث بعد بيع تلك الدار.

***

● (مادة ١١٦): لا شفعة فيما بيع بشرط الخيار للبائع إلَّا إذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع إن طلبها عند البيع[1] بشروطها[2].

ذكر المؤلف في هذه المادة: أن ما بيع بشرط الخيار للبائع لا للمشتري لا شفعة فيه إلا إذا

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا باع شخص بيته وشرط لنفسه الخيار، فلا تثبت الشفعة ما دام الخيار موجودًا؛ لعدم خروج البيت عن ملك البائع بسبب خياره، وهي إنما تثبت بعد البيع الموجب لنقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري؛ لأن ثبوتها يوجب إبطال ملكه وذلك غير جائز، ولكن لو سقط خياره بأن مضت مدة الخيار ولم يفسخ العقد أو وجد منه في أثنائها ما يدل على سقوط خياره تثبت الشفعة إذا طلبها الشفيع عند حصول البيع، وقال بعضهم: يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار؛ لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك، وهي إنما تثبت للشفيع بعد زوال الملك عن البائع، وحينئذ يكون طلبه الشفعة قد جاء في وقت استحقاقه لها فيكون حاصلًا في أوانه.

(٢) اتفق الفقهاء على أنه: إن كان الخيار للبائع وحده أو للبائع والمشتري معًا فلا شفعة حتى يجب البيع؛ لأنهم اشترطوا لجواز الشفعة: زوال ملك البائع عن المبيع، وإذا كان الخيار للمشتري، فقال الحنفية: تجب الشفعة؛ لأن خياره لا يمنع =

أسقط البائع خياره؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع من ملكه، وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أَوْلَى، فإن بيعت دار إلى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري؛ لأن الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع، وإذا أخذها بالشفعة؛ فهذا نقض منه للبيع؛ لأنه قرر ملكه وجواره حين أخذ العين المبيعة بالشفعة باعتباره، فإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضًا للبيع؛ وهذا لأنه لو لم يجعل ناقضًا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد، حتى يستحق بزوائدها المتصلة، والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له.

ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة؛ لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه، ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لأجل خيار البائع، ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له؛ لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه، وأنه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له؛ لأن البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداءً، وإن فسخ البيع فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضي المدة، فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع[1].

***

=زوال المبيع عن ملك البائع، وحق الشفعة يقف عليه، ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له؛ لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وأنه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز ولا شفعة؛ لأن البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداءً، وإن فسخ البيع فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، والحيلة للشفيع في ذلك ألا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع، أو يجوز البيع بمضي المدة، فتكون له الشفعة.

انظر : الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ١٤٥، ١٤٦، بدائع الصنائع : ٥/ ١٨، ١٩، رد المحتار : ٦/ ٢٣٧، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٧، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٦٠، ١٦١، المبسوط : ١٤/ ١٤٢، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥٥٩، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٣، ٢٥٤، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٨٠، مجلة الأحكام العدلية.

(١) انظر : بدائع الصنائع : ٥/ ١٤.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في طلب الشفعة

● **(مادة ١١٧) : طلب الشفعة على ثلاثة أوجه: طلب مواثبة، وطلب إشهاد وتقرير[(١)]، وطلب تملك.**

يتكلم المؤلف في هذه المادة في أوجه طلب الشفعة، وذلك حتى يستطيع الشفيع الوصول إلى حقه؛ ذلك لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه؛ ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد، ولا يتأكد ويستقر حقه إلا بهذه الأوجه الثلاثة، وهي:

١- طلب المواثبة.

٢- طلب الإشهاد والتقرير.

٣- طلب التملك.

والمقصود من طلب المواثبة وطلب التقرير: العلم أنه غير معرض عن الشفعة، وغير راض بجوار هذا الدخيلْ، حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها عند سمعه، والإشهاد ليس بشرط فيه، وفي الذخيرة: وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند الطلب لا لأنه شرط صحة هذا الطلب؛ بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند إنكاره الطلب؛ لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب، أو لا يصدق في الفور، ويكون القول قوله، فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق؛ لأنه شرط صحة الطلب[(٢)].

والشرط في طلب المواثبة أن يكون متصلًا بعلمه على الفور من غير تأخير ولا سكوت؛ لأن سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث، ومعاشرته فتبطل شفعته به، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن.

وأمَّا الثاني، وهو طلب التقرير فيشترط أن يكون على فور الطلب الأول، فلا بد من الإشهاد فيه؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي، ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٩١٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٤٣.

ظاهرًا؛ لأنه على الفور، فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير، حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر، أو كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين.

وأمَّا الإشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته، كما أنه ليس بشرط لصحة طلب المواثبة؛ وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول، وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه شرط؛ لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يصير معلومًا إلا بالتحديد، فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه[1].

وأمَّا الثالث، وهو طلب الأخذ والتملك فلا بد منه أيضًا؛ لأنه لا يحكم له به بدون طلبه، ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب، وهو طلب الأخذ بعدما استقرت شفعته بالإشهاد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته؛ لأنه دليل الإعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الأولين، وقال محمد: إن أخر هذا الطلب إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته، وعنه أنه قدره بثلاثة أيام[2].

مراحل طلب الأخذ بالشفعة:

١- على الشفيع أن يظهر رغبته بمجرد علمه بالبيع بما يسميه الفقهاء طلب المواثبة.

٢- ثم يؤكد هذه الرغبة ويعلنها، ويسمى هذا طلب التقرير والإشهاد.

٣- فإذا لم تتم له الشفعة تقدم إلى القضاء بما يسمى طلب الخصومة والتملك[3].

وفي الاختيار: وإذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يشهد في مجلس علمه على الطلب، وهذا طلب المواثبة على الفور، قال ﷺ: «**الشفعة لمن واثبها**»، وقال: «**إنما الشفعة كنشطة عقال إن قيدتها ثبتت وإلَّا ذهبت**».

ثم يشهد على البائع إذا كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار، وهذا طلب التقرير؛ لأنه قد لا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة؛ لأنه على الفور فيحتاج إلى هذا الطلب الثاني؛ للإثبات عند القاضي، فإن شاء أشهد عليه، وإن شاء على المشتري؛ لأن كل واحد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٩.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٤٤.

(٣) الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١٤٨.

منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك[١].

وفي البدائع: « أمَّا وقته: فالطلب نوعان: طلب مواثبة، وطلب تقرير، أما طلب المواثبة: فوقته وقت علم الشفيع بالبيع، حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعيته »[٢].

والشفعة حق ضعيف يثبت للشفيع عند حصول البيع مستوفيًا الشرائط المتقدمة ويتأكد بالطلب، ويملك العقار المراد أخذه بالشفعة بالتراضي أو بقضاء القاضي.

والطلب ثلاثة أنواع:

طلب مواثبة ومبادرة، وطلب تقرير وإشهاد، وطلب خصومة وتملك[٣].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩١٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها: « ترفع دعوى الشفعة على كلٍّ من البائع والمشتري أمام المحكمة التي أودع الثمن خزانتها بعد أن تقيد في الجدول، وذلك في ميعاد ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة، وإلَّا سقط الحق فيها »[٥].

***

● **(مادة ١١٨) : طلب المواثبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فورًا في مجلس علمه بالبيع والمشتري والثمن[٦]، ولو علم بذلك بعد حين بدون أن يصدر منه ما يدل على الإعراض، وأن يشهد على طلبه خشية جحود المشتري[٧] ....**

---

(١) الاختيار : ٢/ ٥٧، ٥٨.

(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٤.

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٢٨)، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩١٢)، ص : ٣٧٠، ٣٧١.

(٥) هذه المادة تقابل المادة (٩٤٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي تنص على ما يأتي: « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار، وتقيد بالجدول، ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يومًا من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة، وإلا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوى على وجه السرعة ».

وهذه المادة تتفق أيضًا مع المادة (١١٣٩) من التقنين العراقي، و المادة (٨٩٨) من التقنين الكويتي، و المادة (١١٦٢/ ١) من التقنين الأردني.

(٦) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٠٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٧) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: «طلب المواثبة: هو أن يطلب الشفعة بمجرد علمه بحصول البيع ومقدار الثمن والمشتري، بحيث لو لم يعلم الشفيع بجميع هذه الثلاثة لا يبطل حقه في الشفعة. =

لا لزومًا[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن طلب المواثبة بعد أن تكلم في المادة السابقة عن أوجه الطلب، فهذه المادة وما يليها من المواد في تفصيل ما أجمله في المادة السابقة.

والشفعة حق ضعيف يبطل بالإعراض، فحتى يستطيع طالبها الوصول إلى حقه لا بد أن يطلبها؛ ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه، ثم لا بد من الإشهاد؛ لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه ذلك إلا بالإشهاد، ولا يتأكد ويستقر حقه إلا بأوجه ثلاثة؛ وهي:

١- طلب المواثبة.

٢- طلب الإشهاد والتقرير.

٣- طلب التملك.

= فلو علم بالبيع والثمن ولم يعلم بالمشتري، ولم يطلب بعد علمه بذلك لا يسقط حقه فيها؛ لعدم علمه بالمشتري، وإنما لزم علمه به لاختلاف أحوال الناس في المجاورة.

ولو علم بالبيع والمشتري ولم يعلم مقدار الثمن لا يبطل حقه في الشفعة أيضًا، وإنما لزم علمه بمقدار الثمن؛ لأنه يجوز أن يكون قليلًا فيقدر على أدائه، أو أن يكون كثيرًا فيعجز عنه ويحتمل أن يكون فيه غبن فلا يأخذ بالشفعة، وأن لا يكون فيه ذلك فيأخذ، ولا بد من حصول الطلب فور علمه بتلك الأشياء الثلاثة، بحيث لو سكت برهة وتكلم بعبارة تتعلق بموضوع آخر غير موضوع الأخذ بالشفعة بطل حقه؛ ولذلك قال الفقهاء: لو أخبر بكتاب وكانت عبارة البيع والثمن والمشتري في أوله فقرأ الكتاب إلى آخره سقط حقه في الشفعة؛ لأن تماديه في القراءة دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة، ولكن لو نطق بعبارة متعلقة بالأخذ لا يبطل حقه فيها، وصرح بعضهم بأنه: لا يبطل حق الشفيع ما دام في مجلس علمه إلا إذا وجد منه ما يدل على الإعراض، بأن تكلم مع آخر في موضوع شراء شيء منه.

أما لو سكت بعد العلم للتدبر ونحو ذلك؛ فلا يبطل حقه في الشفعة وإن طال المجلس.

وطريق حصول علمه يكون بإخبار المشتري ولو برسول أو بوصول كتاب، ولا يلزم لصحة إخباره له أن يكون عدلًا لأنه خصم، والخصم لا تشترط عدالته، وإن أخبر من أحد لم يكن له شأن في البيع، فلا يعتبر الإخبار إلَّا إذا كان المخبر عدلًا أو عددًا، بأن يصدر من رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأن فيه إلزامًا في الجملة، حيث إنه يلزمه الطلب بمجرد العلم، ولو لم يطلب بطلت شفعته، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يشترط ذلك، بل المدار على وصول العلم إليه بأي طريقة، سواء كان المخبر فضوليًّا أو غير فضولي صغيرًا أو كبيرًا مذكرًا أو مؤنثًا؛ لأن الأصل في الخبر الصدق.

وينبني على ذلك: أنه لو أخبره فضولي غير عدل ولم يصدقه ثم ظهر صدقه لا يبطل حقه في الشفعة عند الإمام، ويبطل عند أبي يوسف ومحمد، ولكن لو صدقه ولم يطلب بطل حقه اتفاقًا لحصول العلم عنده، وينبغي أن يشهد رجلين أو رجلًا وامرأتين على هذا الإشهاد؛ خشية جحود المشتري هذا الطلب، وسمي بطلب المواثبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لمن واثبها»؛ أي: طلبها على وجه السرعة، ولو أشهد على طلب المواثبة بحضرة المشتري أو البائع إذا كان المبيع في يده أو عند العقار قام هذا الطلب مقام طلب الإشهاد الآتي بيانه.

(١) جاء في بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤: أما طلب المواثبة، فوقته وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره.

وطلب المواثبة؛ هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فورًا في مجلس علمه بالبيع[١] والمشتري والثمن، وسمي طلب المواثبة تبركًا بلفظ الحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « **الشفعة لمن واثبها** »؛ أي: طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه.

ويشترط أن يكون متصلًا بعلمه عند عامة المشايخ، وهو مروي عن محمد - رحمه اللَّه تعالى - وعنه أن له التأمل إلى آخر المجلس كالمخيرة؛ لأنه تملك فلا بد من التأمل فيه كسائر التملكات، وبهذه الرواية أخذ الكرخي - رحمه اللَّه - ولو قال بعد ما بلغه البيع: الحمد للَّه أو لا حول ولا قوة إلا باللَّه العلي العظيم، أو سبحان اللَّه لا تبطل شفعته على هذه الرواية؛ لأن الأول: حمد على الخلاص من جواره، والثاني: تعجب منه لقصد الإضرار به، والثالث: لافتتاح الكلام به، ولا يدل شيء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها: وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض، وكذا لو قال: خلصني اللَّه، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال، ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين أو واحد عدل عند أبي حنيفة[٢] أو رجل وامرأتان؛ لأن فيه إلزامًا من وجه دون وجه، فيشترط فيها أحد شطري الشهادة إما العدالة أو العدد، وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها، وعندهما يجب عليه الإشهاد إذا أخبره واحد - حرًّا كان أو عبدًا صغيرًا كان أو كبيرًا - إذا كان الخبر حقًّا، وإذا لم يشهد بطلت شفعته، ولو أخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالإجماع كيفما كان؛ لأنه خصم فيه، والعدالة غير معتبرة في الخصوم.

وقال في الهداية: والإشهاد فيه - أي في طلب المواثبة - ليس بلازم، حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين اللَّه ﷻ؛ وإنما الإشهاد؛ للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار؛ لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب، أو لا يصدق في الفور، فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق؛ لأنه شرط صحة الطلب، ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه فيما بينه

---

(١) انظر : رد المحتار : ٦/ ٢٢٥، مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٣٢)، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٢، ٢٤٣، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٧٢، ويورد الإمام الطحطاوي في حاشيته : ٤/ ١٢٢ سبب تسمية هذا الطلب، يقول: سمي تبركًا بلفظه ﷺ: « الشفعة لمن واثبها »؛ أي طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٤٤.

وبين اللَّه - تبارك وتعالى - وإنما الحاجة إلى الإشهاد عند أبي حنيفة؛ لتوثيق الأخذ للرد على تقدير الإنكار؛ إلا أنه شرط البراءة عن الضمان، حتى لو صدقه صاحبها في ذلك، ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالإجماع كذا هذا.

وإن لم يكن بحضرته من يُشْهِدُه فبعث في طلب شهود لم تبطل شفعته؛ لما قلنا أن الإشهاد لإظهار الطلب عند الحاجة، لكن يصح الإشهاد على الطلب على رواية الفور، فبطلت الشهادة على الفور ضرورة، وعلى رواية المجلس: إذا قال وهو في المجلس: ادعوا لي شهودًا أشهدهم، فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب؛ لأن المجلس قائم، ولو أخبر ببيع الدار، فقال: الحمد للَّه قد ادعيت شفعتها، أو سبحان اللَّه قد ادعيت شفعتها، فهو على شفعته على رواية محمد؛ لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركًا به، فلا يكون دليل الإعراض عن الطلب، وكذا إذا سلم أو شمت العاطس؛ لأن ذلك ليس بعمل يدل على الإعراض؛ ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة، وكذلك إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت ؟ لأن الإنسان قد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره، وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا إعراضًا عنه، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس، فأمَّا على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته في هذه المواضع؛ لانقطاع الفور من غير ضرورة، ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة فمضى فيها، فالشفيع لا يخلو من أن يكون في الفرض أو في الواجب أو في السنة أو في النفل المطلق، فإن كان في الفرض لا تبطل شفعته؛ لأن قطعها حرام فكان معذورًا في ترك الطلب، وكذا إذا كان في الواجب؛ لأن الواجب ملحق بالفرض في حق العمل، وإن كان في السنة فكذلك؛ لأن هذه السنن الراتبة في معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعًا، كالأربع قبل الظهر، حتى لو أخبر بعدما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثاني لم تبطل شفعته؛ لأنها بمنزلة صلاة واحدة واجبة.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٩٠٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

١- « لكلٍّ من البائع والمشتري أن يوجه إنذارًا رسميًّا إلى الشفيع يخطره فيه بالبيع.

٢- ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على البيانات الآتية وإلَّا كان باطلًا:

أ - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه[2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٠٩).

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٩٤١) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « يشتمل الإنذار الرسمي =

ب - بيان المبيع بيانًا كافيًا.

جـ - بيان الثمن وشروط البيع والمصروفات الرسمية ».

***

● (مادة ١١٩) : طلب التقرير هو: أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده أو على المشتري، وإن لم يكن العقار في يده أو عند المبيع بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن، والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه؛ فإن تمكن بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته، وإن لم يتمكن منه فلا تسقط.

وإن أشهد الشفيع في طلب المواثبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الإشهاد فقام مقام[1] ....

= المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلَّا كان باطلًا:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانًا كافيًا.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية، وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه ».

وقد عدلت هذه المادة بإضافة فقرة أولى في المادة المقترحة: تقرر أن: لكلٍّ من البائع والمشتري أن يوجه إنذارًا رسميًّا إلى الشفيع يخطره فيه بالبيع، باعتبار أن هذا الإنذار هو فاتحة إجراءات الشفعة، ومن ثَمَّ يجب أن يذكر في بداية النصوص التي تتناول هذه الإجراءات، وأدخل عليها تعديل لفظي، وتعديل في ترتيب البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار.

و المادة (١١٣٨) من التقنين العراقي.

و المادة (٨٩٦) من التقنين الكويتي.

و المادة (١١٦٢/ ١) من التقنين الأردني.

والإنذار الرسمي الذي تتحدث عنه هذه المواد من شأنه أن يعلم الشفيع بالبيع؛ وبذلك يحفزه على إعلان رغبته إذا كان يريد الأخذ بالشفعة.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: «تقدم أن الشفيع إذا أشهد على طلب المواثبة عند المشتري أو البائع لو كان العقار في يده أو عند المبيع أغنى ذلك عن طلب التقرير لحصول المقصود؛ وهو تقرير رغبته في الأخذ بالشفعة، ولكن لو لم يشهد على طلب المواثبة لزمه بعده بمجرد التمكن أن يتوجه في الحال إلى المشتري مطلقًا، سواء كان العقار في يده أو لا؛ لأنه خصم للشفيع بسبب دخول العقار في ملكه بالشراء، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان العقار في يده بأن تسلمه من البائع، أو ليس في يده بأن لم يتسلمه منه، أو يتوجه إلى البائع إذا لم يسلم المبيع إلى المشتري لكونه خصمًا بسبب وضع يده عليه، ولو لم يكن في يده لا يصح الإشهاد عنده؛ لأنه ليس بخصم لعدم ملكه ووضع يده فصار كالأجنبي، وصرح الإمام محمد في « الجامع الكبير » بأنه يصح الإشهاد عنده ولو بعد التسليم استحسانًا لحصول المقصود.

ثم إذا كان كل من المشتري والبائع والمبيع في بلد واحد فله أن يشهد عند من شاء، لا فرق في ذلك بين الداني والقاصي؛ لأن البلد الواحد يعتبر كمكان واحد، ومحل ذلك إذا لم يوجد منه ما يدل على الإعراض، ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن، فلو تمكن من الطلب برهة من الزمن ولو بكتاب أو رسول ولم يطلب بطل حقه في الشفعة.

وكيفية طلب التقرير هي أن يقول الشفيع: إن فلانًا اشترى دار كذا وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدا عليَّ بكذا ». =

الطلبين[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن طلب التقرير، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن النوع الأول من أوجه الطلب، وهذا هو النوع الثاني منها.

نقول: على طالب الشفعة بعد طلب المواثبة أن يشهد على البائع لو العقار في يده أو على المشتري، وإن لم يكن ذا يد؛ لأنه مالك، أو عند العقار، فيقول: اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا عليه، وهو طلب إشهاد ويسمى طلب التقرير.

وشرطه: أن يكون على فور الطلب الأول والإشهاد عليه، فإذا طلب على المواثبة وأشهد على فوره ذلك شخصًا إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار إذا كان قادرًا عليه، وتفصيل الكلام فيه أن المبيع إمَّا أن يكون في يد البائع وإمَّا أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع، فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع، وإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء طلب عند الدار.

=ونقل عن أبي يوسف أنه اشترط في صحة الإشهاد ذكر اسم المبيع وحدوده؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم، ولعل محل ذلك ما إذا لم يشر إليه، وأما إذا كان حاضرًا عنده وأشار إليه، فالظاهر أنه لا يشترط ذكر الحدود اتفاقًا؛ لأنه تعين بالإشارة، فالطلب واقع على معلوم، والإشهاد هنا ليس بشرط أيضًا؛ لأنه ليس لإثبات الأخذ بالشفعة، وإنما هو مستحسن لإثبات طلب التقرير في وجه الخصم إذا أنكره؛ لأنه لو لم يشهد عليه وجحده المشتري يكون القول قوله بيمينه، وحينئذ يسقط حق الشفيع، وإثبات الأخذ بها إنما يكون بطلب التمليك عند القاضي؛ لأنه لا يحكم له بدونه.

(١) جاء في الفتاوى الهندية: ٥/ ١٧٢، ١٧٣: «وأما طلب الإشهاد فهو أن يشهد على طلب المواثبة حتى يتأكد الوجوب بالطلب على الفور، وليس الإشهاد شرطًا لصحة الطلب، لكن ليتوثق حق الشفعة، إذا أنكر المشتري طلب الشفعة، فيقول له: لم تطلب الشفعة حين علمت؛ بل تركت الطلب وقمت عن المجلس، والشفيع يقول: طلبت، فالقول قول المشتري فلا بد من الإشهاد وقت الطلب توثيقًا، وإنما يصح طلب الإشهاد بحضرة المشتري أو البائع أو المبيع، فيقول عند حضرة واحد منهم: إن فلانًا اشترى هذه الدار ويذكر حدودها الأربعة، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك، ثم طلب الإشهاد مقدّر بالتمكن من الإشهاد فتمكن من الإشهاد عند حضرة واحد من هذه الأشياء، ولم يطلب الإشهاد بطلت شفعته نفيًا للضرر عن المشتري، فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وذهب إلى الأبعد إن كان الكل في مصر واحد لا تبطل استحسانًا، وإن كان الأبعد في مصر آخر أو في قرية من قرى هذا المصر بطلت شفعته؛ لأن المصر الواحد مع نواحيه وأماكنه جعل كمكان واحد.

ولو كان الكل في مكان حقيقة وطلب من أبعدها وترك الأقرب جاز، فكذا هذا، إلا أن يصل إلى الأقرب ويذهب إلى الأبعد فحينئذ تبطل، وإن كان المبيع لم يقبض، فهو بالخيار إن شاء أشهد على طلبه عند البائع أو المشتري أو المبيع، وإن كان المبيع في يد المشتري ذكر الكرخي في «النوادر»: لا يصح الإشهاد على البائع، ونص محمد في «الجامع الكبير» أنه يصح الإشهاد عليه بعد تسليم المبيع استحسانًا لا قياسًا؛ وإنما يحتاج إلى طلب المواثبة ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاث وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين».

أما الطلب من البائع والمشتري؛ فلأن كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك، فكان كل واحد منهما خصمًا فصح الطلب من كل واحد منهما.

وأمَّا الطلب عند الدار؛ فلأن الحق متعلق بها، فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته؛ لأنه فرط في الطلب، وإن كان في يد المشتري، فإن شاء طلب من المشتري وإن شاء عند الدار، ولا يطلب من البائع؛ لأنه خرج من أن يكون خصمًا لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي، ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص إلى البائع للطلب منه والإشهاد بطلت شفعته؛ لوجود دليل الإعراض، وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا، ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما، ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه؛ لأن الشفيع إذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينتْ الدار للطلب عندها والإشهاد، فإن لم يطلب عندها وشخص إلى العاقدين بطلت شفعته لوجود الإعراض عن الطلب، هذا إذا كان قادرًا على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار، فأما إذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلى أن يزول الحائل.

وأمَّا الإشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما أنه ليس بشرط لصحة طلب المواثبة، وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول، وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه شرط؛ لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يصير معلومًا إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه.

وإنما نقول: لا بد من الاشهاد فيه؛ أي في طلب التقرير؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي، ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرًا؛ لأنه على الفور فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين[1].

وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه، ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته، وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة؛ لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد، وأمَّا عند العقار فلتعلق الحق به، ولا يكون البائع خصمًا بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك واليد، فلا يصح

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٤٥.

الإشهاد عليه بعده[١].

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن، ولم يطلب بطلت شفعته، وإن كان الشفيع غائبًا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة إلى أحد هذه الثلاثة، وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانًا اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك، وعن أبي يوسف - رحمه اللَّه - أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده؛ لأن مطالبة غير معلوم لا تصح، فإذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب.

***

● **(مادة ١٢٠) : طلب التملك هو: طلب المخاصمة والمرافعة عند القاضي، فإذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهرًا واحدًا بلا عذر بطلت شفعته، وإن أخره بعذر[٢]**

---

(١) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٤٥.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: ظهر مما سبق أن طلب المواثبة والتقرير لا يثبت الملك للشفيع، وإنما الغرض منهما إظهار عدم الإعراض، والذي يترتب عليه أخذ العقار المشفوع إنما هو طلب المخاصمة أمام القاضي؛ إذ لا يمكن الحكم له بدون طلبه ومخاصمته.

وكيفية هذا الطلب أن يقول: قد اشترى فلان دار كذا (ويبين حدودها) وأنا شفيعها بدار كذا فمره يسلمها إليّ، وحينئذ يسأل القاضي المدعي عن حدود الدار إذا لم يذكرها، وهل هي في يد المشتري أو البائع؛ لأنها لو لم تكن في يد المشتري لا تسمع الدعوى حتى يحضر البائع، ثم يسأله عن الدار التي يشفع بها وعن حدودها إذا لم يبينها؛ لأنه يجوز أن يكون قد ادعى الشفعة بسبب غير صحيح، ولجواز أن يكون غيره أَوْلَى منه، فإذا أجاب عن ذلك سأله متى علم بالبيع وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بوجود ما يدل على الإعراض وبالتأخير كما تقدم.

فإذا أجاب ولم يوجد منه ما يسقط دعواه سأله عن طلب التقرير، ومتى طلب؟ وعند من أشهد؟ وهل كان الذي أشهد عنده أبعد من غيره أو أقرب منه؟ فإذا أجاب عن ذلك كله توجه إلى المدعي عليه وسأله عن ملك الشفيع للدار التي يدعي الشفعة بها، فإن أقر ثبت ملك الشفيع للدار التي يشفع بها وتحقق السبب لدى القاضي، وإن أنكر، طلب القاضي من المدعي بينة تثبت ملكه للدار التي يشفع بها ولو كان واضع اليد عليها؛ لأن وضع اليد يفيد الملك ظاهرًا والظاهر لا يصلح لإثبات الحقوق، فإن شهدت له بينة بالملك ثبت ملكه أيضًا لما سبق، وإن عجز حلف القاضي المدعى عليه بأنه لا يعلم أن فلانًا المدعي يملك الدار التي يدعي الشفعة بها، ولا يحلف على اليقين؛ لأن التحليف على فعل النفس يكون على البتات، وعلى فعل الغير يكون على العلم، وملك الشفيع للدار التي يشفع بها ليس فعل المشتري، بل هو فعل الشفيع فهو فعل الغير، فإن حلف بطلت الدعوى، وإن نكل عن اليمين ثبت ملكه لما يشفع به، وتبين كونه سببًا للأخذ بالشفعة أيضًا، ثم بعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه قائلًا له: هل اشتريت أوْ لا؟ فإن أنكر الشراء كلف الشفيع بالبينة على الشراء، فإن عجز عنها حلف المدعى عليه أنه ما اشترى الدار التي يدعي فلان الشفعة فيها، وهذا يقال له: تحليف على السبب، وهو رأي أبي يوسف، أو يحلفه القاضي بأن فلانًا لا يستحق عليه الشفعة، ويقال له: تحليف على الحاصل، وهو رأي أبي حنيفة ومحمد، والأول أظهر؛ لجواز أن يكون المدعى عليه لا يرى الشفعة بالجوار، ولا يجبر الشفيع على إحضار =

مقبول فلا تسقط[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن طلب التملك وذلك بعد أن تكلم في المادتين السابقتين عن الوجهين الأول والثاني من أوجه طلب الشفعة الثلاثة.

وذلك أنه بعد أن يطلب الشفيع الطلبين؛ أي: طلب المواثبة وطلب الإشهاد أو التقرير يَطْلُبُ عند قاضٍ، فيقول: اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا، وقيل: هذا ظاهر في الشفيع في الجوار لا في الشفيع في نفس المبيع فمره أيها القاضي بالتسليم إليَّ حقي بالرد أو بترك الداخل بينه وبيني، فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضي القبض؛ بل يوجد قبل القبض وبعده، ويسمى هذا الطلب طلب خصومة وتمليك، فلا بد منه أيضًا لا يحكم له بدون طلبه.

ولكن الأتقاني سماه في شرح الكافي: طلب الاستحقاق، وهو أن يرفع الشفيع الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة[2].

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب، وهو طلب الأخذ بعدما استقرت شفعته بالإشهاد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته؛ لأنه دليل الإعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الأولين، وقال محمد: إن أخر هذا الطلب إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته، وعنه أنه قدره بثلاثة أيام؛ لأنه لو لم تسقط بتأخيره للحق المشتري ضرر من جهته؛ لأنه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه، وهو مدفوع، قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[3]، ثم قدر تلك المدة بثلاثة أيام في رواية؛ لأنها هي التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء، وفي رواية قدرها بشهر، وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف؛ لأنه آجل، وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان.

= الثمن بمجرد الدعوى؛ بل بعد الحكم له بالشفعة؛ لأن الملك لا ينتقل إليه إلا بعد الحكم، وقال محمد: لا يحكم له القاضي حتى يحضر الثمن؛ لكيلا يضيع، وعلى كل حال، فالمشتري له حبس العين حتى يقبض الثمن.

(١) جاء في الفتاوى الهندية: ٥/ ١٧٣: «وأمّا طلب التمليك، فهو المرافعة إلى القاضي ليقضي له بالشفعة، ولو ترك الخصومة إن كان بعذر نحو مرض أو حبس أو غيره ولم يمكنه التوكيل لم تبطل شفعته، فإن ترك من غير عذر لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى، وعن محمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف: إن أشهد وترك المخاصمة شهرًا من غير عذر تبطل شفعته، والفتوى على قولهما». انظر أيضًا: تبيين الحقائق: ٥/ ٢٤٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٤٥.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن، حديث رقم: (٣٦٣٥)، ٣/ ٣١٥، والترمذي في السنن، حديث رقم: (١٩٤٠)، ٤/ ٣٣٢، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

وجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالإشهادِ فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يمكنه إزالته بأن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمره بالأخذ أو بالترك، على أنه مشكل بما إذا كان الشفيع غائبًا حيث لا تسقط بالتأخير، ولو كان ضرره مراعى لسقطت؛ إذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضرًا أو غائبًا، ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالإجماع وإن طالت المدة؛ لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره، وقال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على أنه إذا أخر شهرًا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير.

قال - رحمه اللَّه -: « فإن طلب عند القاضي سأل المدعى عليه، فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء، فإن أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها »؛ أي إذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع: هل هي ملك الشفيع أم لا؟ فإن أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن العين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشتري عن الشراء؛ فيقول له: هل اشتريت أم لا؟ فإن أقرَّ بأنه اشترى أو نكل عن اليمين، أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده.

وهذا هو طلب الأخذ الموعود به، فذكر هنا سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولًا عقيب طلب الشفيع، وليس كذلك بل القاضي يسأل المدعي أولًا قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر، ومحله وحدودها؛ لأنه ادعى فيها حقًّا فلا بد من أن تكون معلومة؛ لأن دعوى المجهول لا تصح، فصار كما إذا ادعى ملك رقبتها فإذا بيَّن ذلك سأله: هل قبض المشتري الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضْها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوبًا بغيره، فإذا بين سببًا صالحًا، ولم يكن محجوبًا بغيره سأله أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك، فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان؟ وعند من أشهد؟ وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب من غيره أم لا؟

فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشيء من شروطه ثم دعواه، وأقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها: هل هي ملك الشفيع أم لا؟ وإن كانت هي في يد الشفيع، وهي تدل على الملك ظاهرًا؛ لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه، فإن أنكر أن يكون ملكًا له يقول للمدعي: أقم البينة إنها ملكك، فإن عجز

عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به؛ لأنه ادعى عليه حقًّا لو أقر به لزمه، ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم، وهذا عند أبي يوسف[1].

وعند محمد: يحلف على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، فصار كما إذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء، فإن نكل أو قامت للشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب، وبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه، فيقول له: هل اشتريت أم لا؟ فإن أنكر الشراء قال للشفيع: أقم البينة أنه اشترى؛ لأن الشفعة لا تجب إلا بالشراء فلا بد من إثباته بالحجة، فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره، فهذا تحليف على الحاصل، وهو قول أبي حنيفة ومحمد والأول على السبب، وهو قول أبي يوسف على ما بيَّنَّاه في الدعوى[2].

وإنما يحلف على البتات؛ لأنه تحليف على فعل نفسه، وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه، فإن نكل أو أقر أو قامت للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة.

وإذا طلب عند القاضي قبل طلب الإشهاد بطلت، وأفتى في الخيرية بسقوطها إذا طلب عند القاضي قبل طلب الإشهاد.

وفي الخانية: إن كان المتبايعان والشفيع والدار في مصر، والدار في يد البائع، فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب صح، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد؛ لأن المصر مع تباعد الأطراف كمكان واحد إلا أن يجتاز على الأقرب ولم يطلب فتبطل، وإن كان الشفيع وحده في مصر آخر فإلى أيهم ذهب صح.

* * *

●(مادة ١٢١): لولي الصبي أو وصيه أن يأخذ له بالشفعة، فإن لم يطلبها، وبلغ الصبي فلا شفعة له بعد البلوغ، فإن لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قيمًا ليأخذ له بالشفعة، فإن لم ينصب له قيمًا، فإنه يبقى على شفعته حتى يبلغ فيأخذها ولو مضى على بيع العقار[3]

(١، ٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٤٦.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: سبق حكم ما إذا كان العقار الذي هو سبب في الأخذ بالشفعة مملوكًا لشخص بالغ عاقل؛ فإن كان مملوكًا لصبي أو مجنون، فيجوز لولي الصبي أو المجنون أو وصيهما الأخذ بالشفعة =

المشفوع سنون[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن شفعة الصغير، وذلك بعد أن فرغ من الحديث عن أوجه طلب الشفيع الشفعة.

اعلم أن الشفعة حق مبنيٌّ على الملك، وكل من له هذا الحق فإن الشفعة تجب له، فلا يشترط في الشفيع أن يكون عاقلًا ولا أن يكون حرًّا ولا أن يكون بالغًا ولا عدلًا فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوة والصبيان والمجانين وأهل البغي؛ لأنه حق مبني على الملك، وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم إلا أن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الأب ووصيه، والجد لأب ووصيه، والقاضي ووصي القاضي.

وعليه فالصغير كالكبير في استحقاق الشفعة، إلا على قول ابن أبي ليلى، فإنه كان يقول: لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة، وذلك من الكبير دون الصغير في الجوار تبع، فهو في معنى المعير، والمستأجر، ولكنا نقول: سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأبيد، فيكون مساويًا للكبير في الاستحقاق به أيضًا، ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الآتي عن نفسه، وإن لم يكن محتاجًا إلى ذلك في الحال، وبمثل هذه الحاجة جاز للمولى تزويج

= بشرط أن لا يكون غبن فاحش.

فإن سلم الولي أو الموصي الشفعة أو لم يطلبها فلا حق للصبي بعد البلوغ ولا للمجنون بعد الإفاقة في الأخذ بالشفعة؛ لقيام الولي أو الوصي مقامهما، فإن لم يكن لهما ولي ولا وصي نصب القاضي قيمًا ليأخذ بالشفعة، فإن لم ينصب القاضي قيمًا ثم بلغ الصبي فله الحق في الأخذ بالشفعة بعد البلوغ.

وقال الإمام محمد: إذا لم يطلب الولي أو الوصي الشفعة أو سلمها وكان البيع بمثل القيمة أو أقل فلا يبطل حق الصبي أو المجنون في الأخذ بالشفعة؛ لأن من له الولاية أو الوصاية قد فوت حقًّا للصغير بالإهمال، والشرع لا يفوته حرصًا منه على حق الصبي ومن في حكمه؛ ولذا قال تعالى: ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ [النساء: ٩].

(١) جاء في المبسوط: ١٤/ ١٥٥: «وأصل هذه المسألة في الأب والوصي إذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ؛ لأنهما قاما مقامه في استيفاء حقه، والإسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الإسقاط كالإبراء عن الدين، والعفو عن القصاص الواجب له؛ وهذا لأن تصرفهما مقيد بالنظر، وليس في إسقاط حق الصبي معنى النظر له؛ ولأن حق الأخذ بالشفعة يثبت شرعًا لدفع الضرر فيهما بالإسقاط كأنهما يلزمانه الضرر، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: تسليم الشفعة ترك الشراء، والأب والوصي، كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز لهما ترك الشراء». انظر أيضًا: مجلة الأحكام العدلية، وشرحها المادة (١٠٣٥).

وجاء في رد المحتار: ٦/ ٢٥٢: «صبي شفيع لا ولي له لا تبطل شفعته، فله أن يطلبها إذا بلغ، وإذا نصب القاضي قيمًا يطلبها جاز».

الصغير والصغيرة، فكذلك يثبت له حق الشفعة، ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعًا في استيفاء حقوقه، وهو أبوه، ثم وصي أبيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصي الجد، ثم وصي نصبه القاضي، فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك؛ لأن الحق قد يثبت له، ولا يتمكن من استيفائه قبل الإدراك؛ لأن الاستيفاء يبنى على طلب ملزم، ولا يكون طلبه ملزمًا قبل الإدراك فتركه الطلب قبل الإدراك؛ لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطًا حقه كالبائع إذا ترك الطلب؛ لأنه لم يعلم به، والغائب على شفعته إذا علم لهذا المعنى، فإنه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به، وترك الطلب إنما يكون دليلًا على الرضا، أو التسليم بعد التمكن منه لا قبله.

فإذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، والولي يملك ذلك كما يملك الشراء، فإن سلم الشفعة صح التسليم، ولا شفعة للصبي إذا بلغ عند أبي حنيفة[1]، وأبي يوسف، وعند محمد وزفر: لا يصح تسليمه والصبي على شفعته إذا بلغ.

وجه قوله: أن هذا حق ثبت للصبي نظرًا فإبطاله لا يكون نظرًا في حقه، ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي على إنسان، والإبراء عن كفالته بنفس أو مال، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء، وللولي ولاية الامتناع من الشراء، ألا ترى أن من قال: بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول؟ وهذا لأن الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولي أعلم بذلك فيفوض إليه، وعلى هذا الخلاف إذا سكت الولي أو الوصي عن الطلب أنه يبطل حق الشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر: لا يبطل.

وذكر في نوادر أبي يوسف فيمن اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة، فإن لم يأخذ وسلم لنفسه جاز؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة؛ لأن كل واحد منهما تملك بعوض، ولهذا لو كان وكيلًا بالشراء لغيره كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه، فلأن يملك الأخذ لابنه أَوْلَى، وإذا ملك الأخذ ملك التسليم؛ لأنه امتناع عن الأخذ، ولو باع دارًا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فينافي التملك، ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة، وإذا لم يملك الأخذ

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٩.

لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف إلى حين بلوغ الصبي كما إذا لم يكن له ولي، وأما الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه والصبي شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير، ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته وكذا إذا باع؛ لأنه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالأخذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير، والوصي لا يملك تمليك مال الصغير إلا إذا كان فيه نفع ظاهر له، وإذا لم يملك الأخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليمًا للشفعة فبقي حق الصغير في الشفعة يأخذه إذا بلغ[1].

***

(مادة ١٢٢) : الخصم للشفيع في إثبات الشفعة كل من المشتري والبائع قبل تسليم المبيع للمشتري، وبعد تسليمه إليه، فالخصم هو[2] المشتري فقط[3].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع : ٥/ ١٩.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: الخصم للشفيع هو المشتري وحده إذا كان المبيع في يده، وكل من البائع والمشتري لو كان العقار في يد البائع، أما المشتري؛ فلأنه هو المالك، وأما البائع؛ فلكونه واضع اليد، فإذا خاصم الشفيع البائع فلا تسمع البينة ولا يحكم القاضي له بها إلا إذا حضر المشتري ليحكم عليه في وجهه بفسخ البيع بالنسبة إليه، ولا يحكم على المشتري بدون حضور البائع في حالة وجود المبيع في يده؛ بل لا بد من حضوره ليحكم عليه بخلو يده، وانتقال الملك للشفيع، وإذا كان المشتري قد استلم المبيع فلا يلزم حضور البائع؛ لأنه بالتسليم خلت يده وصار أجنبيًا عنها، فيكفي حضور المشتري؛ لأنه مالك وواضع اليد، وإن اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فالقول للمشتري بيمينه؛ لأن الشفيع يدعي عليه استحقاق الأخذ بالشفعة والمشتري ينكر ذلك، وإن أقاما بينة قدمت بينة الشفيع؛ لأنه هو المدعي كما سبق، هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والشافعي: تقدم بينة المشتري؛ لأنها تثبت الزيادة، والبينة المثبتة للزيادة أولى، قال أبو حنيفة ومحمد: إن بينة الشفيع أكثر إثباتًا؛ لأنها ملزمة للمشتري بالتسليم، وبينة المشتري ليست بملزمة؛ لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك، ولأن كلًّا من البينتين أثبتت عقدًا غير الذي أثبته الأخرى، ولا تنافي فيأخذ الشفيع بأيهما شاء.

وقد صرح أبو حنيفة بأن هذا الطلب ليس له مدة معينة؛ بل ثبت له حق المطالبة في أي وقت شاء، ولا يبطل بالتأخير؛ لأن حقه قد تقرر بطلب التقرير، والمشتري إذا تضرر من تأخيره وامتنع عن التصرف خوف طلبه لزمه أن يطلبه أمام القاضي ليأخذ أو يترك، وقال محمد: يبطل طلب المخاصمة بتأخيره شهرًا كاملًا بدون عذر حتى لا يتضرر المشتري بامتناعه عن التصرف فيما اشتراه خشية أخذ الشفيع بالشفعة، وإنما خص سقوطه بهذه المدة؛ لأن الفقهاء صرحوا بأن الشهر فما فوقه بعيد، وما دونه قريب.

وروي عنه أن الطلب يسقط بمضي ثلاثة أيام بدون عذر؛ لأن هذه المدة شرعت للأعذار، مثل إمهال الدائن لدفع الدين، وعن أبي يوسف: أنه يبطل حقه في الشفعة إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر؛ لأنه دليل على إعراضه، ورجح الفقهاء الأول، وأفتى بعضهم برأي محمد لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير، ومحل ذلك إذا كان التأخير بدون عذر؛ فإذا كان التأخير بسبب عذر من الأعذار الشرعية كسفر وحبس وجنون ونحو ذلك، فلا يسقط حقه في الشفعة اتفاقًا.

(٣) مذهب الحنفية: جاء في رد المحتار : ٦/ ٢٢٨: « والخصم للشفيع المشتري مطلقًا، والبائع قبل التسليم الأول بملكه، والثاني بوضع يده ».

تكلم المؤلف في هذه المادة عن خصم الشفيع في إثبات الشفعة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حق الصغير في الشفعة، ومن ينوب عنه في طلبها والمخاصمة فيها؛ فالمبيع إمَّا أن يكون بيد البائع لم يسلمه للمشتري، وإما أنه يكون في يد المشتري، وفي الحالتين يختلف الخصم.

ففي الحالة الأولى، والتي يكون فيها المبيع بيد البائع ولم يسلمه للمشتري، فالخصم فيها كل من البائع والمشتري، فإن كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعًا لخصومة الشفيع في الأخذ؛ لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والشفيع يريد استحقاقهما جميعًا فيشترط حضورهما لذلك؛ ولأنه لا بد من حضور البائع؛ لأن الدار في يده، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده، وذلك لا يتم إلا بمحضر من المشتري، فيشترط حضورهما لذلك؛ لأن بينة الشفيع على البائع لا تسمع بغيبة المشتري ويفسخ بحضوره - أي المشتري - لأن الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له، فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما بهما؛ لأن لأحدهما يدًا وللآخر ملكًا، فلا بد من اجتماعهما؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز؛ ولأن أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض، وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه، كما إذا هلك قبل القبض، ولا يجوز أن يفسخ عليهما إلا بمحضر منهما؛ لأنه قضاء عليهما بالفسخ، وهو لا يجوز على الغائب، بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع؛ لأن العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيًّا عنهما ويقضى بالشفعة والعهدة على البائع، يعني يجب تسليم الدار عليه، وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه.

وأمَّا الحالة الثانية التي يكون المبيع فيها بيد المشتري، وذلك بأن يكون قد تسلمها من البائع بموجب عقد البيع بينهما، فإن الخصم هو المشتري دون البائع؛ لأنه - أي البائع بالقبض - صار أجنبيًّا عن العقد، فإن حضر الشفيع، والدار في يد المشتري، فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده، ولا يشترط حضرة البائع؛ لأن حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم إلى المشتري وصار هو كأجنبي آخر، فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده وكان هو الخصم ومن اشترى دارًا لغيره فهو الخصم للشفيع؛ لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه، إلَّا أن يسلمها إلى الموكل؛ لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم، هو الموكل؛ وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف، فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه، إلَّا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها

منه إذا كانت في يده؛ لأنه عاقد، وكذا إذا كان البائع وصيًّا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا.

***

(مادة ١٢٣) : إذا كان المبيع في يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشتري، ومتى ثبتت الشفعة مستوفية شرائطها يفسخ القاضي شراء المشتري، ويقضي للشفيع بالعقار المشفوع بطلب[(١)] الشفيع[(٢)].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن وقت سماع بينة الشفيع على البائع إذا كان المبيع في يده عند الخصومة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن خصم الشفيع في إثبات الشفعة.

وكما سبق في شرح المادة السابقة أن الخصم في الشفعة إذا كان المبيع في يد البائع ولم يسلمه للمشتري فالخصم فيها كل من البائع والمشتري، فإن كانت الدار في يد البائع، فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعًا لخصومة الشفيع في الأخذ؛ لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والشفيع يريد استحقاقهما جميعًا فيشترط حضورهما لذلك؛ ولأنه لا بد من حضور البائع؛ لأن الدار في يده، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده؛ ولأنه قضاء عليهما بالفسخ، وهو لا يجوز على الغائب، بخلاف ما بعد القبض؛ حيث لا يشترط حضور البائع؛ لأن العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيًّا عنهما ويقضى بالشفعة والعهدة على البائع، يعني يجب تسليم الدار عليه، وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه.

وبعد أن ثبتت الشفعة مستوفية شرائطها يفسخ القاضي شراء المشتري، ويقضي للشفيع بالعقار المشفوع بطلب الشفيع.

***

(مادة ١٢٤) : إذا كان أحد الشريكين غائبًا فلا ينتظر قدومه، ولا يوقف له نصيب؛ بل يُقْضَى للحاضر بجميع المبيع، فإن حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفيًا شرائط الطلب يقضى له

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: يسأل القاضي المدعي عن حدود الدار إذا لم يذكرها، وهل هي في يد المشتري أو البائع؟ لأنها لو لم تكن في يد المشتري لا تسمع الدعوى حتى يحضر البائع، ثم يسأله عن الدار التي يشفع بها وعن حدودها إذا لم يبينها؛ لأنه يجوز أن يكون قد ادعى الشفعة بسبب غير صحيح، ولجواز أن يكون غيره أَوْلَى منه، فإذا أجاب عن ذلك سأله: متى علم بالبيع؟ وكيف صنع حين علم؟ لأنها تبطل بوجود ما يدل على الإعراض وبالتأخير كما تقدم.

(٢) مذهب الحنفية: جاء في رد المحتار : ٦/٢٢٨ : « والخصم للشفيع البائع والمشتري إن لم يسلم المبيع إليه؛ أحدهما بيده والآخر بملكه فلا تسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري، وإن سلم إلى المشتري لا يشترط حضور البائع؛ لزوال الملك واليد عنه ».

بحقه إن لم يوجد مُسْقِط له، فإن كان مثل الأول يقضى له بالنصف، وإن كان فوقه يقضى له بجميع المبيع وتبطل شفعة الأول وإن كان دونه يمنع[(١)].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن شفعة الغائب في حالة الشركة، وذلك بعد أن تكلم في المادتين السابقتين عن خصم الشفيع أثناء طلبها.

ونشير إلى أن الغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والإشهاد؛ لأنه قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الإشهاد الذي يتوثق به الطلب، ولو وكل الغائب رجلًا ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه؛ لأن في التوكيل طلبًا وزيادة، وإذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التي يأتي إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار لا زيادة عليه؛ لأن تأجيل هذا القدر للضرورة، ولا ضرورة للزيادة، وقد سبق أن ذكرنا أن الشركاء لو اجتمعوا في طلب الشفعة، فإنها تقسم على عدد الرؤوس لا مقدارها فالسبب أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد، أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قلَّ.

أمَّا إذا كان الشفيع غائبًا فلو كان للدار شفيعان وأحدهما غائب، فللحاضر أن يأخذ كل الدار بالشفعة؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب؛ لأنه يحتمل أن يطلب، ويحتمل أن لا يطلب، أو يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم، فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم؛ بل يقضى له بالكل، عملًا بكمال السبب من غير تعارض، بخلاف ما إذا كان لرجلين

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: علم حكم ما إذا كان الشفيع واحدًا من أنه يأخذ هو بالشفعة أو وكيله إن كان مكلفًا، ويأخذ له وليه إن لم يكن كذلك؛ فإن كان المستحق للشفعة متعددًا، فإمَّا أن يكونوا حاضرين، وإمَّا أن يكونوا غائبين، وإما أن يكون بعضهم حاضرًا والبعض الآخر غائبًا، فإن كانوا حاضرين وجب عليهم طلب الأخذ بالشفعة عند تحقق السبب كما تقدم ويقدم الأَوْلَى فالأَوْلَى، وإن كانوا غائبين فلهم الحق متى طلبوا بمجرد العلم، وإن كان بعض الشفعاء حاضرًا وبعضهم غائبًا وطلب الحاضر، بدون وجود ما يسقط حقه، قضي له بالشفعة، ولا ينظر إلى الغائب لجواز أن لا يطلب فلا يبطل حق الحاضر بالشك فإذا حضر الغائب وطلب عند علمه، فإما أن يكون أَوْلَى من الحاضر أو مساويًا له أو أقل منه، فإن كان أولى منه بأن كان الغائب شريكًا والحاضر جارًا مثلًا قضي بها للغائب ولا حق للحاضر لتحقق أخذ الغائب، وإن كان مساويًا له بأن كان كل منهما شريكًا في نفس المبيع قضي بالشفعة لهما، فإن كان الحاضر واحدًا والغائب كذلك أخذ الغائب نصف ما في يده بنصف الثمن والمصروفات، وإن كان الحاضر شخصين مثلًا أخذ ثلث ما في أيديهما لتحقق المساواة، وللحاضر منع الغائب من الأخذ حتى ينقده الثمن، ولو أسقط الحاضر حقه فليس للغائب أخذه؛ لأنه قد أسقطه بعد الحكم فإسقاطه غير مقيد لتأكد ملكه.

وإن كان الغائب أقل منه بأن كان جارًا ملاصقًا، وكان الحاضر شريكًا في حق الارتفاق فلا يأخذ شيئًا؛ لأن الحاضر مقدم عليه فيحجبه، وإن أسقط الحاضر حقه بعد القضاء به، فلا ينتقل إلى الغائب للسبب المتقدم.

على رجل ألف درهم فهلك الرجل وترك ألف درهم، وأحد صاحبي الدين غائب أنه لا يسلم إلى الحاضر إلا خمسمائة؛ لأن هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض والتزاحم، وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب، وبعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤوسهم لما قلنا، ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض، لم يصح جعله في حق غيره وسقط حق الجاعل، وقسمت على عدد رؤوس من بقي؛ لأن حق الشفعة مما لا يحتمل النقل؛ لأنه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره، وسقط حقه لكون الجعل دليل الإعراض، وبقي كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤوس لما ذكرنا.

ولو كان أحدهم حاضرًا فقضي له بكل الدار، ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما في يد الحاضر، فإن جاء ثالث يقضى له بثلث ما في يد كلٍّ منهما لوقوع التعارض والتزاحم؛ لاستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكده فيقسم بينهم على السوية، ولو أخذ الحاضر الكل، ثم قدم الغائب وأراد أن يأخذ النصف، فقال له الحاضر: أنا أسلم لك الكل فإما أن تأخذ أو تدع، فليس له ذلك، وللذي قدم أن يأخذ النصف؛ لأن القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف، وصار الغائب مقضيًّا عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك، وإن بطل القضاء لكن الحق بعدما بطل لا يتصور عوده، ولو قضى بالدار للحاضر ثم وَجَد به عيبًا فرده، ثم قدم الغائب فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء، أو بغير قضاء، وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا أنه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضيًّا عليه ضرورة القضاء على المشتري فبطلت شفعته في هذا النصف، فلا يحتمل العود، سواء كان الرد بالعيب بقضاء، أو بغير قضاء؛ لأنه إنما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة، وبالرد بالعيب لا يتبين أن القضاء بالشفعة لم يكن، وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا.

ولو أراد الغائب أن يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب، ينظر إن كان الرد بغير قضاء فله ذلك؛ لأن الرد بغير قضاء بيع مطلق، فكان بيعًا جديدًا في حق الشفعة، فيأخذ الكل بالشفعة، كما يأخذ بالبيع المبتدأ، هكذا ذكر محمد وأطلق الجواب ولم يفصل، بينما إذا كان الرد بالعيب قبل القبض أو بعده، من مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب محمول على ما بعد القبض؛ لأن الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد، وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على أصله؛ وإنما يستقيم إطلاق الجواب على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف[1].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٧.

ومنهم من قال: يستقيم على مذهب الكل؛ لأن رضا الشفيع هاهنا غير معتبر؛ لكونه مجبورًا في التمليك فكان رضاه ملحقًا بالعدم، وإن كان بقضاء فليس له أن يأخذ؛ لأنه فسخ مطلق، ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن، والأخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل أن يقضى له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ الكل، وإن شاء ترك؛ لأن القاضي إذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يبطل حق الغائب؛ بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل، إلا أنه لم يظهر لمزاحمة الحاضر في الكل، وبالتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغائب في كل الدار، ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضي له بالشفعة ثم حضر شفيعان أخذا ثلثي الدار بالشفعة، والحكم في الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا، وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري، ثم حضر الغائب فإن شاء أخذ كل الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

أمَّا الأخذ بالبيع الأول؛ فلأن حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشراء من المشتري لكون الشراء منه دليل الإعراض، فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة، فبقي حق الغائب في كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الأول إن شاء، بخلاف الشفيع إذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها أنه لا تبطل شفعته؛ لأن البطلان بالإقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به.

وأمَّا الأخذ بالبيع الثاني؛ فلأن البيع الثاني وجد ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضًا بالشراء، فيظهر حق الأخذ بالكل، ولو كان المشتري الأول شفيعًا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

ولو كان المشتري الأول أجنبيًّا اشتراها بألف فباعها من أجنبي بألفين ثم حضر الشفيع، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول وإن شاء أخذ بالبيع الثاني؛ لوجود سبب الاستحقاق، وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار، فإن أخذ بالبيع الأول سلم الثمن إلى المشتري الأول، والعهدة عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني الثمن من الأول، وإن أخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعًا والعهدة على الثاني، غير أنه إن وجد المشتري الثاني، والدار في يده، فله أن يأخذ بالبيع الثاني سواء كان المشتري الأول حاضرًا، أو غائبًا، وإن أراد أن يأخذ بالبيع الأول فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الأول والثاني هكذا[1].

ولو كان المشتري لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل، أو تصدق بها على رجل وقبضها

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٧.

الموهوب له أو المتصدق عليه، ثم حضر الشفيع، والمشتري والموهوب له حاضران، أخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة؛ لأن كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق، ولا بد من حضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فيأخذها بالبيع الأول، والثمن للمشتري وتبطل الهبة.

ولو وهب المشتري نصف الدار مقسومًا وسلمه إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك، ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن، أو يدع؛ لأن في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري، وإذا أخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له، ولو اشترى دارًا بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الأول فأخذها بقضاء، أو بغير قضاء، ثم علم أن البيع الأول كان بألف فليس له أن ينقض؛ لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها، وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصور، فسقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له، والثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل، فإن اشتراها بألف ثم زاده في الثمن ألفًا فعلم الشفيع بالألفين، ولم يعلم أن الألف زيادة فأخذها بألفين فإذا أخذ بقضاء القاضي أبطل القاضي الزيادة وقضى له بالألف؛ لأن الزيادة غير ثابتة شرعًا في حق الشفيع؛ فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي، وإن أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه؛ لأن الأخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه في الشفعة؛ ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع، ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الأول، ثم علم به لم يكن له أن ينقضه سواء كان بقضاء، أو بغير قضاء؛ لأنه اجتمع بيعان لا يمكن الأخذ بهما، فإذا أخذ بأحدهما انتقض الآخر.

وإذا كان للدار جاران، أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر إلى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه إلى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار؛ لأن قضاء القاضي الأول صادف محل الاجتهاد فنفذ، وبطلت شفعة الحاضر فبقي حق الغائب في كل الدار؛ لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة، ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب، كذا قاله محمد وهو صحيح؛ لأنه قضاء على الغائب وأنه لا يجوز.

***

الفَصْلُ الرَّابعُ

في حكم الشفعة

● (مادة ١٢٥) : لا يثبت الملك للشفيع في المبيع إلَّا بقضاء القاضي[١] أو بأخذه من المشتري[٢] بالتراضي[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن طرق ثبوت ملك الشفيع في المبيع، وذلك في بداية حديثه عن حكم الشفعة.

والشفيع إذا طلب الشفعة بأوجه الطلب الثلاثة فإنه لا يملك المبيع إلا بأمرين: إمَّا بالتراضي أو قضاء القاضي؛ لأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلَّا بالتراضي أو بقضاء القاضي، فلا يثبت التملك بدونهما، والثاني: أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري؛ فإن تضمن ليس له أن يتملك؛ لأن في التفريق ضررًا بالمشتري وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض؛ وذلك لأن ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم؛ لأن للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق، وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه، فكان أَوْلَى بذلك، ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلَّا بأحد الأمرين المذكورين، إلا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط، حتى كان للشفيع أن يمتنع من الأخذ إذا سلم المشتري له بغير قضاء؛ لأن في القضاء زيادة فائدة، وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له،

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩١٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يطلق الحكم ويراد به أثر الشيء المترتب عليه، كثبوت ملك المبيع للمشتري والثمن للبائع في عقد البيع، فيترتب على الشفعة أن العقار المشفوع ينتقل إلى ملك الشفيع، ولكن لا بد لذلك من أحد أمرين: إمَّا بالأخذ إن تسلمه من المشتري برضاه، وإما بقضاء القاضي من غير أخذ، وسبب توقف نقل الملك من المشتري إلى الشفيع أن الملك قد تم بالشراء فلا يخرج عن ملكه إلى الشفيع إلا برضاه؛ لأن له الولاية على نفسه فيملك إخراج ملكه عنه برضاه أو بحكم الحاكم؛ لأن له الولاية العامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق.

وقبل حصول أحد هذين الأمرين لا ينتقل الملك إليه؛ فلو مات لا تورث العين المشفوعة عنه، ولو باع ما يشفع به بطلت شفعته؛ لعدم وجود السبب حال الحكم أو الأخذ بالتراضي، ولو باع شخص أرضًا بجوار الأرض التي يريد أخذها بالشفعة فليس له ذلك لعدم الملك، وقال الإمام أحمد: ينتقل الملك إليه بمجرد الطلب، ولا يشترط في ذلك حكم القاضي؛ لأن البيع السابق سبب انضمت إليه المطالبة كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول، ولا يلزم رضا المشتري؛ لأن الأخذ منه قهرًا، والمقهور لا يعتبر رضاه، وعلى هذا فلو مات بعد الطلب يورث عنه.

(٣) مذهب الحنفية: جاء في بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ٣٣: « فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين؛ إمَّا بتسليم المشتري، وإمَّا بقضاء القاضي ».

فإذا كانت المشفوعة تملك بأحد الأمرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة، وتبطل شفعته إذا باع داره التي يشفع بها، ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها.

وعلى هذا يخرج ما إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعضه أنه هل يملك ذلك؟ فجملة الكلام فيه أن المشترى لا يخلو إما أن يكون بعضه ممتازًا عن البعض وإما أن لا يكون، فإن لم يكن بأن اشترى دارًا واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض، أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا، ولكن يأخذ الكل أو يدع؛ لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري؛ لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد، فكان أخذ البعض تفريقًا فلا يملكه الشفيع، وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له؛ لما قلنا، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عند الأحناف، وروي عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض.

وجه هذه الرواية: أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق، وهو ضرر الشركة، بخلاف ما بعد القبض؛ لأن التملك بعد القبض يقع على المشتري، ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفرق ملكه؟ والصحيح جواب الرواية؛ لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة، فبملك أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة، ولو اشترى رجلان من رجل دارًا فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين في قولهم جميعًا؛ لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق؛ لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها؛ إذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله، فلم تتحد الصفقة فلا يقع الأخذ تفريقًا؛ لحصول التفريق قبله، وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية، وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشترين.

ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد، فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين، وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة، قال محمد: وإنما أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشترى له، وهو نظر صحيح؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع، وأنها راجعة إلى الوكيل فكانت العبرة

لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩١٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١- « تنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني.

٢- ومع ذلك يكون للشفيع الحق في ثمار المبيع من وقت إيداع الثمن »[٣].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع : ٥/ ٢٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩١٣)، ص : ٣٧١.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٤٤) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « الحكم الذي يصدر نهائيًا بثبوت الشفعة يعتبر سندًا لملكية الشفيع؛ وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ».

وقد اختلفت الآراء في تحديد ما يستفاد من هذا النص، فذهب رأي إلى أنه: إذا حكم بالشفعة أو رضي بها المشتري فإن ملكية الشفيع تستند إلى وقت البيع؛ أي أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، فيكون الحكم بثبوت الشفعة كاشفًا عن حق الشفيع وليس منشئًا له، وذهب رأي ثان إلى أن: ملكية الشفيع تستند إلى وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيحل الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، وذهب رأي ثالث إلى أن: ملكية الشفيع تستند إلى وقت رفع دعوى الشفعة، فيحل الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، وذهب جمهور الفقه: إلى أن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة أو رضاء المشتري بها، فيكون حلول الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، ومن ثَمَّ يعتبر الحكم منشئًا لحق الشفيع لا كاشفًا عنه، وهذا هو الرأي الذي أخذت به محكمة النقض واختاره المشروع.

وقد كان مقتضى حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم أو التراضي ألا يكون للشفيع الحق في ثمار المبيع إلا من هذا الوقت، ولكن رؤى إثبات الحق للشفيع في الثمار من وقت إيداع الثمن؛ وذلك نظرًا إلى أن الشفيع يجب عليه أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة، فلا يستساغ حرمانه من ثمار المبيع في الوقت الذي حرم فيه من أن يستفيد من مبلغ الثمن، ووجه العدالة ظاهر في هذا الحكم.

والفقرة الأولى من المادة المذكورة تتفق مع المادة (١١٦٤) من التقنين الأردني، والمادة (٨٩٩) من التقنين الكويتي والمادة (٩٤٤) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (١١٤١) من التقنين العراقي.

وليس هناك اتفاق في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحكم المادة المذكورة؛ فالحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضاء المشتري أو من وقت قضاء القاضي، فيكون حكم الشفعة منشئًا لحق الشفيع، ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه في المواثبة وطلب التقرير والإشهاد دون حاجة إلى قضاء القاضي، وهذه هي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، فلا يكون قضاء القاضي إذًا في هذا القول ضروريًا لاستقرار حق الشفيع، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع، وفي المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للمشفوع فيه على رضاء المشتري أو على قضاء القاضي، بل يتملكه قبل ذلك، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، وبطلبها إذا رفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي، ففي هذه المذاهب الثلاثة إذًا لا يكون قضاء القاضي ضروريًا لتملك الشفيع المبيع المشفوع فيه، ومن ثَمَّ لا يكون حكم الشفعة منشئًا لحق الشفيع.

● (مادة ١٢٦) : تملك العقار قضاءً كان أو رضاءً يعتبر شراءً جديدًا في حق الشفيع، فله خيار الرؤية والعيب[١] وإن اشترط المشتري مع بائعه البراءة منهما[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن أحقية الشفيع في خيارات الرؤية والعيب بعد قضاء القاضي أو بالتراضي، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن طرق ثبوت مُلك الشفيع في المبيع، فإذا ملك الشفيع المبيع بالشفعة بقضاء القاضي أو بالتراضي؛ لأنها بمنزلة شراء مبتدأ، حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء، نحو الرد بخيار الرؤية والعيب، فإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية؛ لأن الشفيع بمنزلة المشتري فكما يجوز للمشتري أن يردها بخيار الرؤية، والعيب فكذا الشفيع، وإن وجد بها عيبًا فله أن يردها، وإن كان المشتري شرط البراءة منه؛ لأن المشتري ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاط حق الشفيع؛ ولأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه فيثبت له الخياران كما إذا اشتراه منْهما.

وفي الأشباه: « الشفعة بيع في كل الأحكام إلا في ضمان الغرور للجبر »[٣].

وقد نصت المادة (١٠٣٧) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً؛ بناء عليه الأحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضًا ».

وكذا إذا سقط المشتري حق خياراته هذه لا تكون ساقطة بحق الشفيع؛ لأنه لم يكن خلفًا للمشتري.

وكذا إذا أخذ المبيع من يد الشفيع بالاستحقاق فله الرجوع بالثمن المدفوع، أما إذا عمر الشفيع بالأرض التي أخذها بالشفعة دارًا وأخذت بدعوى الاستحقاق، فليس له الرجوع

=انظر في هذا : الفتاوى الهندية : ٥/ ١٧٣، البدائع : ٥/ ١٩، ٢٣، ٢٤، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، سنة (١٩٤٢م)، ص: ١١٩، ١٢١، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط جـ ٩، فقرة : ٢٣٠.

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩١٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) جاء في تبيين الحقائق للزيلعي : ٥/ ٢٤٦، ٢٤٧: « وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه، فيثبت له الخياران فيه، كما إذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه؛ لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه ». انظر: رد المحتار : ٦/ ٢٢٨، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٣، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٧٦، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٥١١، ٥١٢.

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٢٣٠.

بثمنها على البائع أو المشتري؛ لأن ضمان الغرور الجاري في البيع لا يجدي في الشفعة[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١- « يحل الشفيع قبل البائع مثل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

٢- ومع ذلك لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلَّا برضاء البائع.

٣- وإذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلَّا على البائع »[٣].

***

● (مادة ١٢٧) : إذا قضي للشفيع بالمبيع وكان ثمنه مؤجلًا على المشتري يأخذه الشفيع بثمن حال، فإن أداه للبائع سقط الثمن عن المشتري، وإن أداه للمشتري فليس للبائع أن يطالب المشتري به قبل حلول الأجل المتفق عليه[٤].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن أخذ الشفيع المبيع بعد القضاء له والثمن مؤجل على المشتري، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن أحقية الشفيع في خيارات الرؤية والعيب بعد قضاء القاضي أو بالتراضي.

والشفعة بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء، نحو الرد بخيار الرؤية والعيب، وعليه فالشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع، فإن اشترى دارًا بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليًا؛ لأن الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به، ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلًا له صورة ومعنًى، كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنًى لا صورة، وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به؛ لأنه بدل لها،

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (١٠٣٧) وشرحها.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩١٤)، ص : ٣٧٢.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٩٤٥) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١- « يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

٢- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

٣- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ».

المادة (٩٠٠) من التقنين الكويتي، والمادة (١٤٢) من التقنين العراقي، والمادة (١١٦٥) من التقنين الأردني.

(٤) جاء في تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٩: « وبحال لو مؤجلًا، أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها ».

ولهذا لو اشتراها بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر.

وإذا قضى للشفيع بالمبيع وكان ثمنه مؤجلًا على المشتري يأخذه الشفيع بثمن حال، أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها من المشتري بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلًا، أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل.

وقال زفر والشافعي ومالك: له ذلك؛ لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته، والأجل صفة للدين، ألا ترى أنه يقال: دين مؤجل ودين حال، ولنا أن الأجل يثبت بالشرط، وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون إشتراطًا في حق الشفيع، كالخيار والبراءة من العيوب، ورضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه، ولا نسلم أنه وصف للدين؛ لأن الأجل حق المطلوب، والدين حق الطالب، ولو كان وصفًا له لاستحقه الطالب، ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الأجل مٍن غير شرط، ولو كان صفة له لثبت، ثم إن أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إلى الشفيع على ما بينَّا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل؛ لأن الأجل ثبت بالشرط، فلا يبطل بأخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال، وإن اختار الانتظار كان له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم الضرر الزائد، أو يصبر؛ أي عن الأخذ، أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت، ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد[1]، وبه كان يقول أبو يوسف أولًا ثم رجع عنه، وقال: لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل؛ لأن الطلب ليس بمقصود لذاته، بل للأخذ، وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل، فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الإعراض، ولهما أن حق الشفيع قد ثبت؛ ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال، ولولا أن حقه ثابت لما كان له الأخذ في الحال، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة.

***

● (مادة ١٢٨) : إذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع فأدى ثمنه ثم استحق المبيع، فإن كان أداه للمشتري فعليه ضمانه، سواء استحق قبل تسليمه أو بعده، وإن كان أداه للبائع واستحق

---

(١) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٥٠.

المبيع وهو في يده فعليه ضمان الثمن للشفيع[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن استحقاق المبيع بعد القضاء به للشفيع وأداء ثمنه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن أخذ الشفيع المبيع بعد القضاء له وكان الثمن مؤجلًا على المشتري، فإذا قضي للشفيع بالعقار المشفوع فيه فأدى ثمنه ثم استحق المبيع، فإن أدى الشفيع الثمن للبائع فعليه ضمانه؛ لأن العهدة عليه، وإن أداه للمشتري فعليه ضمانه، سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده، فإذا كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بالشفعة فنقد الشفيع الثمن للمشتري فالعهدة عليه، وإن للبائع فالعهدة عليه.

فإذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهدته وضمان ماله على المشتري؛ لأنه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن إليه، فهو في حقه بمنزلة البائع مع المشتري، فإن قيل: حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعًا فينبغي أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه؛ لأنه يأخذ بحق مقدم على حقه، قلنا: نعم حقه مقدم، ولكن ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري، وهو الشراء؛ إذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك، فإذا بقي السبب وتأكد بقبض المشتري لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكًا على البائع؛ لأنه لا ملك له، ولا يد حتى قضي له بالشفعة، فلا بد أن يجعل متملكًا على المشتري مستحقًّا عليه يده؛ فلهذا كانت عهدته على المشتري، كما لو اشتراها ابتداءً منه وإن أخذها من البائع ودفع الثمن إليه فعهدته وضمان ماله على البائع عند الأحناف.

وقال ابن أبي ليلى[٢]: عهدته على البائع في الوجهين جميعًا؛ لأن الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه، ثم عهدة المشتري على البائع فكذلك عهدة الشفيع، وللشافعي قولان[٣]:

في أحد القولين: ليس للشفيع أن يأخذ من البائع، ولكن البائع يسلمه إلى المشتري وعهدته عليه؛ لأنه يتملك على المشتري بعوض، والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارًا كان أو منقولًا، وعلى القول الآخر: يأخذ من يد البائع وعهدته على المشتري وإليه يدفع الثمن، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء، وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخًا له، وكيف يكون أخذ

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لو استلم الشفيع العقار ثم استحق بالبينة ولم يكن جدد فيه شيئًا رجع الشفيع على من تلقى الملك منه بالثمن والمصاريف التي دفعها إليه، فإن كان قد أخذ من المشتري رجع عليه بالثمن، وإن كان قد أخذ من البائع رجع عليه بالثمن أيضًا، وإنما يرجع بذلك؛ لأنه تبين أن الأخذ بغير حق لعدم الملك.

(٢، ٣) انظر: المبسوط: ١٤/ ١٠٢.

الشفيع ناسخًا للبيع، وهو مبطل حقه، كما لو ظهر بطلان البيع من الأصل، وإذا نفى الشراء كان الشفيع متملكًا على المشتري فعهدته عليه، كما لو أخذ من يده، وعن أبي يوسف قال: إن كان المشتري نقد البائع الثمن، فالشفيع يدفع الثمن إلى المشتري وعهدته عليه؛ لأن البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين، وإن لم يكن المشتري نقد البائع الثمن، فالشفيع يدفع الثمن إلى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري وعهدة الشفيع على البائع.

فأما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده، ألا ترى أنه لو قال: كنت بعت هذه الدار من فلان، وقال فلان: ما اشتريت، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع بإقرار البائع؟ وإن لم يثبت ملك المشتري لإنكاره، فإذا ثبت تمكنه من الأخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أَوْلَى، وإذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشتري، وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض.

وهذا لأن يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق المشتري، بخلاف ما إذا باعها المشتري من غيره؛ لأن يد الثاني هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الأول، فلا يفوت قبض المشتري الأول معنًى، ثم إن حضر الشفيع، والدار في يد المشتري، فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده، ولا يشترط حضرة البائع؛ لأن حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم إلى المشتري، وصار هو كأجنبي آخر، فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده، وكان هو الخصم، وإن كانت الدار في يد البائع، فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعًا لخصومة الشفيع في الأخذ؛ لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والشفيع يريد استحقاقهما جميعًا فيشترط حضورهما لذلك؛ ولأنه لا بد من حضور البائع؛ لأن الدار في يده، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده، وذلك لا يتم، إلا بمحضر من المشتري فيشترط حضورهما لذلك.

***

● (مادة ١٢٩): للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري، حتى لو وقف العقار المشفوع أو جعله مسجدًا فله نقضه[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم نقض الشفيع تصرفات المشتري بعد ثبوت حقه

---

(١) مذهب الحنفية: جاء في المبسوط: ١٤/ ١١٣، ١١٤: «إذا اتخذ المشتري الدار مسجدًا، ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة، وروي عن الحسن عن أبي حنيفة: ليس له ذلك، وهو مذهب الحسن، ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة إعتاق العبد، وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون، ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن؛ فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدًا، ووجه ظاهر الرواية: أن للشفيع =

فيه، وذلك بعد أن تناول في المادة السابقة استحقاق المبيع بعد القضاء به للشفيع وأداء ثمنه.

وقد حكى صاحب المبسوط السرخسي[1] الإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري؛ حيث قال: «أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري، فلو اشترى دارًا فوهب بناءها لرجل، أو باعها منه، أو تزوج عليها أو هدم البناء لم يكن للشفيع على البناء سبيل؛ لأنه زايل الأرض، وهو في نفسه منقول، فلا يستحق بالشفعة، ولكن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن؛ لأن هدم البناء كان بتسليط من المشتري، فهو كما لو هدم بنفسه، وإن كان لم يهدم، فله أن يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن؛ لأن حقه في البناء ما دام متصلًا بالأرض ثابت، وللشفيع حق نقض تصرفات المشتري، ألا ترى أنه لو تصرف في الأصل، والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة؟ فكذلك إذا تصرف في البناء؛ ولأنه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت حق الشفيع على تصرف المشتري، فهو بمنزلة الاستحقاق في إبطال تصرف المشتري فيه.

ولو اشترى دارًا فهدم بناءها، ثم بنى فأعظم المنفعة، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الأرض، والبناء الذي كان فيها يوم اشترى، وتسقط حصة البناء؛ لأن المشتري هو الذي هدم البناء، وينقض المشتري بناءه المحدث عند الأحناف»[2].

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري، ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيًّا إن شاء[3]، وهو قول الشافعي، وجه قولهما: أن المشتري بنى في ملك صحيح له، فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة، وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء؛ إذ ليس في إبقاء بنائه إبطال حق الشفيع، فإنه يتمكن من أخذه مبنيًّا بالشفعة، ولو نقضنا بناءه تضرر المشتري بإبطال ملكه، ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بإبطال حقه، وإن لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة فبمقابلته يدخل في ملكه ما يعدله، والضرر ببدل أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل، فكان مراعاة جانب المشتري أَوْلَى، ألا ترى أنه لو زرع الأرض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا؟ والبناء تبع للأرض

= في هذه البقعة حقًّا مقدمًا على حق المشتري، وذلك يمنع صحة جعله مسجدًا؛ لأن المسجد يكون خالصًا للّه تعالى، ألا ترى أنه لو جعل جزءًا شائعًا من داره مسجدًا، أو جعل وسط داره مسجدًا لم يجز؟ لأنه لم يصر خالصًا للّه تعالى، فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجدًا؛ وهذا لأنه في معنى مسجد الضرار؛ لأنه قصد الإضرار بالشفيع من حيث إبطال حقه».

وجاء في حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٥: «أنه لا ينقض المسجد وبطلت شفعته، كما لا ينبش الموتى».

(١) انظر: المبسوط: ١٤/ ١١٣، ١١٤. (٢، ٣) انظر: المبسوط: ١٤/ ١١٥.

بمنزلة الصبغ في الثوب، ومن صبغ ثوب إنسان فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطي الصباغ ما زاد الصبغ فيه، وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري؛ لأن في إبقائها إبطال حق الشفيع، فلذلك يمكن من نقضها.

وحجتنا في ذلك: أنه بنى في بقعةٍ غيرُه أحقُّ بها منه من غير تسليط من له الحق، فينتقض عليه بناؤه، كالراهن إذا بنى في المرهون، وبيان الوصف أن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوي متأكد، وهو متقدم على حق المشتري، وتصرف المشتري فيما يرجع إلى الإضرار بالشفيع يكون باطلًا لمراعاة حق الشفيع، ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه، ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى؟ فكذلك بناؤه، وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها، وهو مبطل للحق الثابت له، يعني: حق الأخذ بأصل الثمن، فلا ينفذ ذلك منه، كما لا ينفذ سائر التصرفات، وهذا بخلاف المشتري شراءً فاسدًا إذا بنى؛ لأنه بنى هناك بتسليط من له الحق، ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء؛ ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع، وكذلك حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع؟ والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق المشتري، ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقًا له فيحتاج إلى مؤنة ذلك لرفع البناء، ثم يبني على الوجه الذي يوافقه، وفي الزرع قياس واستحسان في القياس بقلع زرعه، وفي الاستحسان لا يقلع؛ لأن لإدراكه نهاية معلومة، وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس، والبناء وأصله في المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المعير، ولا يقلع زرعه استحسانًا.

***

● (مادة ١٣٠) : إذا بنى المشتري بناء في الدار أو الأرض المشفوعة أو غرس فيها أشجارًا، فالشفيع بالخيار: إن شاء تركها وإن شاء أخذها بالثمن المسمى ودفع قيمة البناء، والشجر مستحق القلع أو يكلف المشتري قلعهما[1]، ....

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٩١٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

جاء في « البناية شرح الهداية » : ٨/ ٥٣٠ وما بعدها: « إذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك، وقال الكرخي في مختصره: وإذا اشترى الرجل دارًا، وهي ساحة، فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بها، فإن المشتري يقال له: اقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيع، هذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، رواية محمد عن أبي يوسف، وهي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن =

وإذا زاد المشتري[1] على العقار المشفوع شيئًا من ماله بأن بيَّضه أو صبغه بألوان فإن الشفيع يكون بالخيار: إن شاء تركه وإن شاء أخذه بالثمن وقيمة[2] الزيادة[3].

تكلم المؤلف في هذه المادة عما لو بنى المشتري بناء في الدار أو الأرض المشفوعة أو غرس فيها أشجارًا وحكم ذلك، بعد أن تناول في المادة السابقة حكم نقض الشفيع تصرفات المشتري بعد ثبوت حقه فيه.

وقد ذكرنا في شرح المادة السابقة الإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري، وعليه فإذا كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأسًا لا أصلًا ولا تبعًا، بأن بنى المشتري

=ابن أبي مالك عن أبي يوسف، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن المشتري لا يجبر على قلع البناء، ويقال للشفيع: خذ الدار بالثمن وقيمة البناء أو اترك ». انظر في ذلك أيضًا: تبيين الحقائق: ٥/ ٢٥٠، مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٤٤) الفتاوى الهندية: ٥/ ١٧٩، ١٨٠، حاشية الطحطاوي: ١٤/ ١٢٥.

(١) «المشتري» ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: لو اشترى عقارًا وجدد فيه شيئًا، فإما أن يكون ما جدده له قيمة بعد نقضه أو لا يكون له قيمة، فإن كان الأول كأن بنى فيه أو غرس أشجارًا فإما أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار مضرًّا بالأرض أو لا، فإن كان مضرًّا فللشفيع أخذ البناء أو الأشجار بما يخصهما من الثمن مستحقين للهدم أو للقلع ولو جبرًا عن المشتري، وإن كان الهدم أو القلع لا يضر بالأرض، فللشفيع أن ينقض بناءه ويقلع أشجاره، وله أن يتركهما بما يخصهما من الثمن مستحقين للهدم والقلع برضا الشفيع.

وسبب ذلك أنه بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فيكون متعديًا بالنسبة إليه، وحينئذٍ يعامل معاملة المتعدي من تكليفه بالنقض أو القلع أو أخذه بقيمته مستحقًّا للهدم أو القلع كما تقدم، وقال أبو يوسف: الشفيع يخير بين أمرين: إمَّا أن يأخذ ما جدده بقيمته مستحق البقاء، وإما أن يترك الشفعة، ووافقه على ذلك مالك والشافعي، وعلة ذلك أن المشتري قد بنى في ملكه فليس متعديًا فلا يعامل معاملة الغاصب بتكليفه بالقلع أو تركه بقيمته مستحقًّا له؛ ولأنه إذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف.

وضرر المشتري بسبب الهدم أو القلع أشد من ضرر الشفيع؛ لأن الشفيع قد أخذ البناء في مقابلة العوض، والمشتري لم يأخذ في مقابلة الهدم أو القلع شيئًا، فضرر الشفيع أهون من ضرر المشتري، وقال الإمام أحمد بذلك أيضًا، وصرح بأنه: لو أراد المشتري قلعه جاز له ذلك ولو أضر بالأرض، ولا يكلف بتصليحها؛ لأنه محتاج إلى تخليص ملكه مما كان مملوكًا له حين الوضع، فليس بمتعدٍّ، وحينئذٍ فللشفيع أن يأخذ الجزء ناقصًا أو يترك، وإنما عبر بالجزء؛ لأن الشفعة عنده للشريك فقط كما تقدم.

وإن كان ما جدده المشتري لا قيمة له بعد النقض، كأن دهنها بألوان أو طلاها بمادة مقوية للبناء، فالشفيع مخير بين الترك والأخذ، فإذا اختار الأخذ لزمه أن يعطي قيمة ما زاد الدهن أو الطلاء؛ لأنه لا قيمة له بعد النقض، لا خلاف في هذا، ولعل الفقهاء راعوا في ذلك ضياع مال المشتري بدون مقابل بخلاف البناء، فإن الأنقاض مال في الجملة، وكأنهم يقولون بأن المتجدد الذي لا قيمة له بعد النقض تلزم فيه قيمة ما زاده الشفيع، وفي مبحث الاستحقاق يصرحون بأنه لا يلزم البائع قيمة ذلك، ولم يصرحوا بوجوب الضمان.

(٣) جاء في رد المحتار: ٦/ ٢٣٢: «وأما لو دهنها بألوان كثيرة أو طلاها بجصٍّ كثير خيَّر الشفيع بين تركها أو أخذها وإعطاء ما زاد الصبغ فيها لتعذر نقضه، ولا قيمة لنقضه بخلاف البناء». انظر: الفتاوى الهندية: ٥/ ١٨٠، مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٤٤).

بناء أو غرس أو زرع، ثم حضر الشفيع وقضى له بشفعة الأرض يجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة إلى الشفيع إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فللشفيع الخيار: إن شاء أخذ الأرض بالثمن، والبناء والغرس بقيمته مقلوعًا، وإن شاء أجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الأرض بثمنها والبناء والغرس بقيمته قائمًا غير مقلوع إن شاء، وإن شاء ترك الشفعة، وبه أخذ الشافعي، وذهبوا إلى أن المشتري لو زرع في الأرض ثم حضر الشفيع أنه لا يجبر المشتري على قلعه، ولكنه ينتظر إدراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الأرض بجميع الثمن[١].

وجه رواية أبي يوسف - رحمه اللَّه - أن في الجبر على النقض ضررًا بالمشتري، وهو إبطال تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين.

أمَّا جانب المشتري فظاهر؛ لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال.

وأمَّا جانب الشفيع؛ فلأنه يأخذ البناء بقيمته، وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد.

وجه ظاهر الرواية أن حق الشفيع كان متعلقًا بالأرض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء؛ بل بقي فإذا قضي له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكًا له، فيؤمر بتسليم ملكه إليه ولا يمكنه التسليم إلا بالنقض فيؤمر بالنقض، وإذا كان في النقض ضرر بالمشتري فهو الذي تسبب في الإضرار بنفسه، حيث بنى على محل تعلق به حق غيره، ولو أخذ الشفيع الأرض بالشفعة وبنى عليها ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء فإن الشفيع يرجع على المشتري بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة البناء إن كان أخذ منه، ولا على البائع أيضًا إن كان أخذ منه في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف - رحمه اللَّه - أنه يرجع عليه.

وجه هذه الرواية أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ولو كان اشتراه لرجع عليه، كذا إذا أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء في الشراء لوجود الغرور من البائع وضمان السلامة للمشتري؛ لأن كل بائع مخبر للمشتري أنه يبيع ملك نفسه، وشارط سلامة ما يبنى فيه دلالة، فإذا لم يَسْلَمْ يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة؛ إذ ضمان الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة، ولا غرور من المشتري في حق الشفيع؛ لأنه مجبور على التملك منه، وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور؛ كالجارية المأسورة إذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده، وقضي عليه بالعقر وقيمة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٣٠.

الولد، فإنه يرجع على المشتري بالثمن الذي دفعه إليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد، ومثله إذا استولد جارية بالشراء ثم استحقت، فإن المشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد؛ لصيرورته مغرورًا من جهته، ولا غرور من المشتري من الحربي؛ لكونه مجبورًا في التملك عليه بما أخذه من الحربي، كذا هذا.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩١٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « إذا زاد المشتري في المبيع شيئًا، من بناء أو غراس أو غير ذلك، قبل أن يعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزمًا تبعًا لما يختاره المشتري أن يدفع له ما أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة المبيع ما أحدثه.

٢ - فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن أعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة، كان للشفيع إما أن يطلب الإزالة، أو يستبقي ما استحدث مقابل دفع ما أنفقه المشتري أو ما زاد في قيمة المبيع بسببه »[٢].

* * *

● (مادة ١٣١) : إذا هدم المشتري[٣] بناء الدار المشفوعة أو هدمه غيره أو قلع الأشجار التي كانت مغروسة في الأرض المشفوعة، يأخذ الشفيع العرصة أو الأرض بحصتها من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة العرصة أو الأرض وقيمة البناء أو الشجر، وما خص العرصة أو الأرض منه يدفعه الشفيع، وتكون[٤] ....

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩١٥)، ص : ٣٧٢، ٣٧٣.

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٩٤٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:
١ - « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارًا قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزمًا تبعًا لما يختاره المشتري أن يدفع له؛ إما المبلغ الذي أنفقه، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.
٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس ».
وتطابق المادة (٦٠١) من التقنين الكويتي، و المادة (١١٤٣) من التقنين العراقي، والمادة (١١٦٦) من التقنين الأردني.
وفي الفقه الإسلامي، وفقًا لرأي الإمام أبي حنيفة ومحمد : إذا زاد المشتري في العقار المشفوع قبل طلب الشفعة، فالشفيع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء تملكه بثمنه مع قيمة الزيادة، أما إذا كانت الزيادة بعد طلب الشفعة، فللشفيع أن يترك العقار، أو يطلب إزالة الزيادة، أو يستبقيها مع دفع قيمتها مقلوعة.

(٣) « المشتري » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٤) « وتكون » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

الأنقاض(١) والأخشاب للمشتري(٢).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن هدم المشتري أو غيره بناء الدار المشفوعة أو قلع الأشجار التي كانت مغروسة في الأرض المشفوعة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حكم بناء المشتري في الدار أو الأرض المشفوعة أو الغرس فيها.

وسبق أن ذكرنا أن للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري إذا أخذها بقضاء القاضي أو بالتراضي، فلو هدم المشتري البنا؟ أخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن شاء، وإن شاء ترك؛ لأن المشتري قصد الإتلاف، فيلزم الخيار المذكور، ونقض الأجنبي كنقض المشتري، وليس له - أي للشفيع - أخذ النقض؛ بل هو للمشتري لكونه مفصولًا ومنقولًا.

ولو أحرق البناء المشتري بيده فللشفيع أن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن، إذا قسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة البناء وقت العقد، وللشافعي في الفصلين جميعًا قولان: في أحد القولين: لا يأخذ إلا بجميع الثمن، وفي القول الآخر: يأخذ الأرض بحصتها في الوجهين، وأصل المسألة في مذهب الأحناف: أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف حتى إن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئًا من الثمن، وعند الشافعي: يسقط في أحد القولين، فكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عند الأحناف(٣)، وعند الشافعي يمنعه من ذلك، ثم البناء وصف وبيع؛ ولهذا دخل في بيع الأرض من غير ذكر؛ لأن قيام البناء بالأرض

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: ظهر مما تقدم حكم ما إذا كانت الأرض المشفوعة خالية وجدد فيها المشتري بناء أو غرس أشجارًا، وأما إذا اشترى أرضًا وفيها بناء أو غراس فالشفيع يستحق الأرض بما فيها من البناء والشجر فيأخذ الأرض بطريق الأصالة والبناء أو الشجر تبعًا، فإن كان البناء أو الشجر موجودًا وتسلم الأرض بما فيها فقد أخذ حقه، وإن كان غير موجود بأن هلك بعد الشراء، فإمَّا أن يكون هلاكه بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، أو انهدم البناء وجف الشجر بدون فعل أحد.

فإن كان الهدم أو القلع بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن، وسقط عنه حصة البناء أو الشجر بأن يقسم الثمن على قيمته يوم البناء، فما خص الأرض يلزمه، وما خص البناء أو الشجر يسقط منه؛ لأن البناء أو الشجر وإن كان تابعًا إلا أنه صار مضمونًا بالاستهلاك؛ لأن التابع إذا استهلك يقابله شيء من الثمن وتكون الأخشاب والأنقاض ملكًا للمشتري.

(٢) جاء في تبيين الحقائق: ٥/ ٢٥١: «يأخذ الشفيع العرصة بحقها من الثمن إن نقض المشتري البناء؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، والتبع إذا صار مقصودًا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الأول؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية، فإذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد». انظر: رد المحتار: ٦/ ٢٣٤، الفتاوى الهندية: ٥/ ١٨٠، حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٥.

(٣) انظر: المبسوط: ١٤/ ١١٢.

كقيام الوصف بالموصوف، فإذا فات البناء من غير صنع أحد، فلا يسقط شيء من الثمن، فإذا فوته المشتري، فقد صار مقصودًا يتناوله، فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابلته، كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط حقه من الثمن عن الشفيع، قال: ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب، أو وهي منها حائط كان له أن يبيعها مرابحة؟ فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن إن شاء.

وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ المشتري قيمته، فإن سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن إن شاء، كما لو احترق البناء من غير صنع أحد، فإن خرج بعد ذلك ما على الذي هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من الثمن.

***

● (مادة ١٣٢) : إذا تخربت الدار المشفوعة أو جفت أشجار البستان المشفوع بلا تعدي أحد عليها يأخذها الشفيع بالثمن المسمى[١].

فإن كان بها أنقاض أو خشب وأخذه المشتري تسقط حصته من الثمن، بأن يقسم الثمن على قيمة الدار أو البستان يوم العقد وقيمة الأنقاض والخشب يوم الأخذ[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تخريب الدار المشفوعة، وجفاف أشجار البستان المشفوع بلا تعدي أحد عليها؛ حيث يأخذها الشفيع بالثمن المسمى، وذلك بعد أن تكلم

---

(١) جاء في رد المحتار : ٦/ ٢٣٣: « ويأخذ بالثمن إن خربت أو جف الشجر بلا فعل أحد ».

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وإن انهدم البناء بنفسه أو جف الشجر، فإما أن يكون المشتري قد أخذ الأنقاض أو الأخشاب أو لا؛ فإن كان الأول قسم الثمن أيضًا على قيمة الأرض يوم العقد والأنقاض أو الأخشاب يوم الأخذ فما خص الأرض يلزم الشفيع، وما خص النقض أو الأخشاب يسقط عنه، وإن كان الثاني، فالشفيع بالخيار إن شاء ترك الشفعة وإن شاء أخذ الأرض بكل الثمن؛ لأن التابع إذا هلك بدون تعد لا يقابله شيء من الثمن، وكان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولًا: يسقط عن الشفيع من الثمن بقدر ما هلك من البناء والشجر، كما في الحالة الأولى، وعلل ذلك بأن حال الشفيع مع المشتري كحال المشتري مع البائع قبل القبض، وأما لو اشترى أرضًا وفيها زرع وهلك أو استهلك فيسقط عنه ما خص الزرع اتفاقًا؛ لأنه مقصود في العقد بحكم أنه لا يدخل في المبيع إلا بالنص عليه، والثمر إن كان موجودًا حال الشراء فحكمه حكم الزرع، وإن وجد بعده فحكمه حكم البناء.

هذا إذا كان الهلاك واقعًا على التابع، مثل البناء والشجر كما علمت، وإن كان واقعًا على نفس الأرض بأن هلك جزء منها فإنه يسقط ما يخصه من الثمن؛ لأن جميع أجزاء العقار مقصودة بالذات، فكل جزء يقابله شيء من الثمن.

جاء في تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥١: « وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعًا للأرض، فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقي محتبسًا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ ».

في المادة السابقة عن هدم المشتري أو غيره بناء الدار المشفوعة أو قلع الأشجار التي كانت مغروسة في الأرض المشفوعة.

ذلك أن الدار إن خربت أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بلا فعل أحد، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بتمام الثمن، هذا إذا لم يبق للبناء نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، وأمّا إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعًا للأرض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقي محتبسًا عند المشتري فيكون له حصته من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ كما في التبيين؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلا في البيع بلا ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن إلا أن يكون مقصودًا بالإتلاف كما مر[1].

***

● (مادة ١٣٣) : إذا تلف بعض الأرض المشفوعة بغرق أو نحوه سقطت حصة التالف من[2] أصل الثمن[3].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم تلف بعض الأرض المشفوعة بغرق أو نحوه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن خراب الدار المشفوعة أو جفاف أشجار البستان المشفوع بلا تعدي أحد عليها، حيث يأخذها الشفيع بالثمن المسمى.

وقد ذكرنا أنه لو اشترى أرضًا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن، ولا يسقط من الثمن شيء؛ لأنهما تابعان للأرض، حتى يدخلان في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن؛ ولهذا فإن له أن يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته؛ لأن الفائت بعض الأصل، هذا إذا انهدم البناء، ولم يبق له نقض، ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، وأمّا إذا بقي شيء من ذلك، وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٥٢.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: ينبني على ذلك أنه لو اشترى إنسان قطعة أرض واستحقها آخر بالشفعة وقبل الحكم له بها وقد تلف بعضها، كأن تسلط عليها البحر فجرف جزءًا منها فإنه يسقط ما يخصه من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة الباقي وقيمة ما هلك، فما خص الموجود يلزم الشفيع وما خص الهالك يسقط عنه كما سبق.

(٣) جاء في المبسوط للسرخسي : ١٤/ ١١٥: « وإذا اشترى دارًا فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجري فيها الماء ولا يستطاع رد ذلك عنها، فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء؛ لأن حقه ثابت بالكل، وقد تمكن من أخذ البعض، فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارًا للبعض بالكل ».

تبعًا للأرض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقي محتبسًا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ، وبحصة العرصة إن نقض المشتري البناء؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، والتبع إذا صار مقصودًا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الأول؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية فإذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليها، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيًا؛ حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس، ونقض الأجنبي البناء كنقض المشتري[1].

***

● (مادة ١٣٤) : إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع وبنى فيه بناء أو غرس فيه أشجارًا ثم استحق العقار، فإنه يرجع بالثمن فقط، ولا رجوع له بقيمة البناء والشجر على أحد، بمعنى أنه لا يرجع بما نقص[2] بالقلع[3].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن استحقاق المبيع بعد بناء الشفيع فيه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تلف بعض الأرض المشفوعة بغرق أو نحوه.

وذلك أنه إذا بنى الشفيع في الدار، ثم استحقت من مدة رجع الشفيع بالثمن على من كانت عهدته عليه ولم يرجع بقيمة البناء، بخلاف المشتري إذا بنى ثم استحقت الدار ونقض بناؤه فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع؛ لأن المشتري مغرور فالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق، فإذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٥٢.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: إن جدد الشفيع فيها شيئًا بأن بنى أو عَمَّر شيئًا ثم ظهر الاستحقاق بالبينة فكذلك يرجع بالثمن والمؤن لا غير، ولا يرجع على المشتري إن كان قد أخذ منه، ولا على البائع كذلك أيضًا بما نقص بالهدم أو القلع؛ لأن له أخذ العقار جبرًا عن كلٍّ من المشتري والبائع، فإن كان الأخذ بحكم القاضي فالأمر ظاهر؛ لوجود الجبر حقيقةً، وإن كان بالتراضي فهو موجود حكمًا لثبوت الحق مطلقًا، فالرضا غير معتبر بخلاف البيع، فإن الرضا موجود حقيقة وحكمًا، فبيعه برضاه يعتبر تسليطًا للمشتري على المبيع، وحينئذٍ يكون قد غره، وهنا ليس كذلك.

وقال أبو يوسف: يرجع على من أخذ منه بما نقص بالهدم أو القلع؛ لأنه تلقى الملك عنه فيكون معه بمنزلة البائع والمشتري، وحينئذٍ لو كلفه المستحق بنقض البناء أو قلع الأشجار يرجع الشفيع بالفرق بين قيمتها قائمين ومستحقين للقلع، والظاهر أن ذلك إذا لم يعلم الشفيع بأن الأرض مملوكة للمستحق، فإن كان يعلم ذلك فلا حق له في الرجوع اتفاقًا؛ لأنه مغتر لا مغرور.

وقال الشافعي وابن حنبل: « للشفيع أن يهدمه ويدفع الفرق بين قيمته مهدومًا ومستحقًّا للبقاء ».

(٣) يستفاد حكم هذه المادة من أوائل الباب السابع عشر في المتفرقات من الشفعة من الهندية ص : ٢٠٦، ومن أوائل الفصل السادس عشر من الاستحقاق والغرور من جامع الفصولين ص : ٢١٢.

بحكم الغرور، فأمَّا الشفيع لم يصر مغرورًا من جهة أحد؛ لأنه أجبر المأخوذ منه على تسليم الدار إليه، فلا يصير مغرورًا، يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط للمشتري على البناء، والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء، بل هو مجبر على تسليمها إليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه، ولكنه يهدم بناءه وينقله إلى حيث أحب.

***

(مادة ١٣٥) : الشفعة لا تقبل التجزئة؛ فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع ويترك بعضه جبرًا على المشتري[١]، إنما إذا تعدد المشترون واتحد البائع وقبضوا المبيع منه أو لم يقبضوه، ودفعوا له الثمن فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم[٢]، ويترك الباقي[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن عدم قبول الشفعة للتجزئة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن استحقاق المبيع بعد بناء الشفيع فيه.

ذلك أن الشفيع يملك المبيع بحق الشفعة بقضاء القاضي أو بالتراضي؛ لأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلَّا بالتراضي أو بقضاء القاضي، فلا يثبت التملك بدونهما، ولكن تملك الشفيع بالشفعة لا يتضمن تفريق الصفقة على المشتري، فإن تضمن ليس له أن يتملك؛ لأن في التفريق ضررًا بالمشتري وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض.

وعلى هذا يخرج ما إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعضه أنه هل يملك ذلك؟ فجملة الكلام فيه أن المشترى لا يخلو إما أن يكون بعضه ممتازًا عن البعض، وإما أن لا يكون، فإن لم يكن بأن اشترى دارًا واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا،

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٠٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع دون بعضه؛ لما في ذلك من إلحاق الضرر على المشتري بتفريق الصفقة عليه، فيتضرر زيادة على الضرر بالأخذ منه بعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررًا زائدًا سوى الأخذ منه، ولكن لو اشترى جماعة عقارًا بعقد واحد أو بعدة عقود، فله أخذ نصيب أحدهم، وترك الباقي. وفي هذه الحالة يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده على الصحيح، إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد الثمن حتى ينقد الجميع؛ كي لا يؤدي ذلك إلى تفريق اليد على البائع؛ لأنه بالأخذ صار كواحد منهم، فله حبس كل المبيع حتى يأخذ الثمن بتمامه، بخلاف ما لو باع جماعة لواحد، فإن الشفيع ليس له أخذ نصيب أحد البائعين؛ لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، وقد تقدم أنه لا يجوز.

(٣) جاء في « المبسوط » : ١٤/ ١٠٤: « وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض؛ لما في هذا الأخذ من تفريق الصفقة، والإضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه». انظر أيضًا: مجلة الأحكام العدلية وشرحها المادة (١٠٤١).

وجاء في « تبيين الحقائق » : ٥/ ٢٤١: « لو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض، فليس له ذلك إلا برضا المشتري ».

ولكن يأخذ الكل أو يدع؛ لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري؛ لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان أخذ البعض تفريقًا فلا يملكه الشفيع؛ وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له، قلنا: سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أئمة المذهب الحنفي، وروي عنهم: أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض[١].

وجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق؛ لأن التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق، وهو ضرر الشركة، بخلاف ما بعد القبض؛ لأن التملك بعد القبض يقع على المشتري؛ ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفرق ملكه؟ والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة، فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة، ولو اشترى رجلان من رجل دارًا فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين في قولهم جميعًا؛ لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق؛ لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها؛ إذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الأخذ تفريقًا؛ لحصول التفريق قبله، وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية، وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين.

وسواء كان المشتري عاقدًا لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعًا حتى لو وكل رجلان جميعًا رجلًا واحدًا بالشراء، فاشترى الوكيل من رجلين، فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة، ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد، فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين، وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة، قال محمد: وإنما أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشترى له، وهو نظر صحيح؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع، وأنها راجعة إلى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٠٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

(١، ٢) انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٥/ ٢٦.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٠٧)، ص : ٣٦٧.

١- « إذا بيعت العين لعدة أشخاص على الشيوع، فلا تجوز الشفعة إلا فيها بتمامها. أمَّا إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفرزة فإن للشفيع الحق في طلب أخذ العين بتمامها، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر، مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة.

٢- ولا تجوز الشفعة إن شمل البيع في الوقت ذاته وبثمن واحد غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة، حقوقًا أخرى لا شفعة فيها »[١].

***

---

(١) هذه المادة تتناول القاعدة التي تقضي بأن الشفعة لا تقبل التجزئة، وقد عبرت عنها المادة (٩٣٥) من مشروع القانون المدني المصري (م ١٣٨٢) في فقرتها الثانية، حيث جاء فيها: أن الحق في الشفعة لا يتجزأ في استعماله، وسوف يترتب على إلغاء الشفعة بسبب الجوار أن يصبح مجال تطبيق هذه القاعدة ضيقًا للغاية، ومع ذلك فإن لها مجالها المحدود في حالات الشفعة التي استبقاها المشروع.

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة (١١) من قانون الشفعة السابق التي كانت تنص على ما يأتي: « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعًا بينهم، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه، أمَّا إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة ».

ويتفق ما جاء في مادة مرشد الحيران مع المادة (١٣٨٥) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١- « لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبثمن واحد، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة، حقوقًا أخرى لا شفعة فيها.

٢- إلَّا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين ».

ويجب التمييز مع ذلك بين ما إذا كانت الصفقة واحدة وبين ما إذا تعددت الصفقة.

فإذا كانت الصفقة واحدة، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع ويترك البعض الآخر؛ لأن ذلك يؤدي إلى تفرقة الصفقة، فتكون هناك تجزئة للشفعة، فإذا باع فريق من الشركاء حصصهم مجتمعة على الشيوع لمشترٍ واحد أو لعدة مشترين على الشيوع في صفقة واحدة وبثمن واحد، فلا يجوز لشريك آخر أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون أن يأخذ الصفقة كاملة، وإذا بيعت الرقبة كلها لمشترٍ واحد أو لعدة مشترين على الشيوع في صفقة واحدة وبثمن واحد، فلا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة في بعض الرقبة دون أن يأخذها كلها، وإذا بيعت المنفعة كلها لمشترٍ واحد أو لعدة مشترين على الشيوع في صفقة واحدة وبثمن واحد، فلا يجوز دون أن يأخذ الصفقة كاملة، ولمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة في بعض المنفعة.

وإذا تعددت الصفقة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذه؛ إذ لا يكون هذا تجزئة للشفعة، فإذا باع الشريك حصته أجزاء لمشترين متعددين في صفقات متعددة، بأن اشترى كل منهم جزءًا من الحصة بثمن مسمًّى، كان لشريك آخر أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات، وكان له أيضًا أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر، حتى لو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات، وكذلك يكون الحل إذا بيعت الرقبة أجزاء على هذا النحو، أو بيعت المنفعة.

غير أن الشفعة لا تجوز إن شمل البيع في الوقت ذاته وبثمن واحد - غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة - حقوقًا أخرى =

= لا شفعة فيها، حيث يفترض في هذه الحالة أن المشتري قد اشترى صفقة واحدة وبثمن واحد ما يمكن أخذه بالشفعة مع ما لا تجوز الشفعة فيه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ ما توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة، ولا المبيع كله؛ لأن منه ما لا شفعة فيه، فإذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددين وبيعت الرقبة كلها، فإن أحدًا من المتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذي يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة؛ لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها، ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها؛ لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه، وإذا تملك الرقبة أشخاص متعددون مع حق المنفعة كله، فأن أحدًا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة الذي تقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله؛ لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه، ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعة أن يطلب الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله؛ لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه. المذكرة الإيضاحية للمادة (١٣٨٥) من المشروع التمهيدي لمشروع القانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية : ٦/ ٣٨٩، ٣٩٠ في الهامش.

والمادة المذكورة تقابل المادة (١١٣٥) من التقنين العراقي، والمادة (١١٦٠) من التقنين الأردني، والمادة (٨٩٥) من التقنين الكويتي.

وأحكام الفقه الإسلامي قريبة من ذلك، فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي: أنه إذا تعدد المبيع، بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعًا بالشفعة، وليس له أخذ إحداهما وترك الأخرى؛ لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري، أما إذا تعدد العقد، أو كانت شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدى الدارين، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ إحدى الدارين دون الأخرى بالشفعة؛ لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى؛ لأنه لا يشفع إلا فيها. السنهوري، الوسيط جـ ٩، فقرة : ١٦٩، ص : ٤٩٢، ٤٩٣.

الفَصْلُ الخَامِسُ

فيما يسقط الشفعة ويبطلها

● **(مادة ١٣٦) : تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو باختلال شرط من شروط صحته، وتسقط أيضًا بترك طلب التقرير والإشهاد مع إمكانه والقدرة عليه، وبتأخير طلب المخاصمة شهرًا[١] بلا عذر[٢].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن بطلان الشفعة بترك طلب المواثبة أو باختلال شرط من شروط صحته، وتسقط أيضًا بترك طلب التقرير والإشهاد مع إمكانه والقدرة عليه، وبتأخير طلب المخاصمة بلا عذر، وذلك في بداية حديثه عن ما يسقط به حق الشفعة.

ذلك أن الشفعة حق ضعيف يبطل بالإعراض، فحتى يستطيع طالبها الوصول إلى حقه لا بد أن يطلبها ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه، ثم لا بد من الإشهاد؛ لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك إلا بالإشهاد، ولا يتأكد ويستقر حقه إلا بأوجه ثلاثة، وهي:

١- طلب المواثبة.

٢- طلب الإشهاد والتقرير.

٣- طلب التملك.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: تتضمن هذه المادة أمرين:

الأول: أن حق الشفعة ضعيف يسقط بزوال سببه وبكل ما يدل على الإعراض.

الثاني: أن هذا الحق يثبت بإرادة الشفيع ومشيئته.

وينبني على الأمر الأول: أنه يسقط حق الشفعة بترك طلب المواثبة بعد العلم بالبيع والمشتري والثمن، وبترك طلب التقرير مع التمكن منه أو باختلال شرط من شروط صحتها، وبترك المخاصمة شهرًا بلا عذر - عند محمد - لدفع الضرر عن المشتري وبتركها في مجلس من مجالس القضاء مع التمكن - في رواية عن أبي يوسف - وبمضي ثلاثة أيام - في رواية عن محمد - بلا عذر؛ لأن هذه المدة شرعت لاحتمال الأعذار.

وقال أبو حنيفة: لا يسقط حق الشفيع بتأخير المخاصمة مطلقًا لاستقرار حقه، ويمكن المشتري رفع الضرر عنه بطلبه عند القاضي ليأخذ أو يترك كما تقدم.

(٢) جاء في «تبيين الحقائق»: ٥/ ٢٥٧: «وتبطل بترك المواثبة والتقرير؛ أي: تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة، أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بأن لم يسدَّ أحد فمه، أو لم يكن في الصلاة؛ لأنها تبطل بالإعراض وترك الطلب مع القدرة عليه دليل على الإعراض». انظر: حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٧ - ١٢٨، البناية في شرح الهداية: ٨/ ٥٧١، رد المحتار: ٦/ ٢٤٠.

فإن ترك الطلب وأعرض عنه فهو مبطل لحقه فيها؛ وذلك لبطلان الشفعة من طريق الدلالة، وذلك بأن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضًا، وذلك نحو ما إذا علم بالشراء، فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل، وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري، أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا، أما المساومة فلأنها طلب تمليك بعقد جديد، وهو دليل الرضا بملك المتملك، وكذلك التولية؛ لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وأنها دليل الرضا بملك المتملك، وأما الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة؛ فلأنها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه.

فرق بين هذا وبين الفصل الأول حيث شرط هاهنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة، وهناك لم يشترط، وإنما كان كذلك؛ لأن السقوط في الفصل الأول بصريح الإسقاط، والإسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والإبراء عن الديون، والسقوط هاهنا بطريق الدلالة، وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق؛ بل في محل آخر، والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا إلا بعد العلم بالبيع؛ إذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال[1].

* * *

● **(مادة ١٣٧) : إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه، وللشفعاء الآخرين[2] أن يأخذوا العقار المبيع إن طلبوا الشفعة بشروطها، وإن أسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ولا يكون لأحد حق فيه[3].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن إسقاط الشفيع حقه في الشفعة وتركه قبل الحكم وبعده، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن بطلان الشفعة بترك طلب المواثبة أو باختلال شرط

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٢.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « الأخر » والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: إذا سقط حق الشفيع في الشفعة انتقل الحق إلى من يليه في الاستحقاق بشرط حصول الطلب منه عند حصول المبيع؛ بحيث لو لم يطلب لا ينتقل حق الشفعة إليه لبطلانه بترك الطلب، وكذا الحكم لو أسقط حقه قبل الحكم أو الأخذ بالتراضي، ولكن لو أسقط حقه بعد الأخذ لا ينتقل إلى من يليه؛ لثبوت ملكه فلا ينتقل إلى ملك غيره إلا بسبب من أسباب الملك المتقدمة.

من شروط صحته، وتسقط أيضًا بترك طلب التقرير والإشهاد مع إمكانه والقدرة عليه وبتأخير طلب المخاصمة بلا عذر.

ذلك أن ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح دلالة، أما الأول: فنحو أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك؛ لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطًا كالإبراء عن الدين، والعفو عن القصاص ونحو ذلك، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع؛ لأن هذا إسقاط الحقِ صريحًا، وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل، كالطلاق والإبراء عن الحقوق، بخلاف الإسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا العلم، والفرق يذكر بعد هذا.

ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع؛ لأنه إسقاط الحق، وإسقاط الحق - قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه - محال، ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقي أن يأخذ الكل؛ لأن السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم، والتشقيص للمزاحمة وقد زالت، ونظيره الرهن فإنه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه؛ ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهنًا عند رجلين فقضي دين أحدهما ليس له أن يأخذ شيئًا من الرهن، بخلاف ما إذا أسقط حقه بعد القضاء؛ حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب التارك؛ لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر[1].

***

● (مادة ١٣٨): يشترط لصحة الشفعة أن يطلب الشفيع كل المبيع، فإن طلب أحد الشريكين نصفه بناء على أنه يستحق النصف فقط بطلت شفعته[2].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن طلب الشفيع نصف المبيع باعتباره أحد الشريكين، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حكم إسقاط الشفيع حقه في الشفعة وتركه قبل الحكم وبعده.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٤٢.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: لا تقبل الشفعة التجزئة، فالشفيع يلزمه أن يطلب جميع العقار الذي له عليه حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه حقه والقسمة للمزاحمة؛ فلو كانت دار مشتركة بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لأجنبي وطلب أحد الشريكين نصف ما بيع بناء على أنه يستحقه فقط بطلت شفعته؛ لوجود إعراضه عن بعض حقه، فيبطل البعض الآخر لعدم التجزئة.

ولأنه يجوز أن لا يطلب الآخر فيلزم على أخذه النصف دفع ضرر الشفيع بضرر أزيد، وهو لا يجوز كما تقدم، وليس للشريك الثاني أن يطلب النصف؛ بل يطلب الكل، أو يترك، ولو طلب النصف بطل حقه أيضًا كما سبق.

ولو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل؛ لأنه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط، وبطل حقه في النصف الباقي؛ لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت شفعته في الكل، ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليمًا منه للشفعة في الكل؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد.

قال أبو يوسف: لا يكون تسليمًا[١].

وقال محمد: يكون تسليمًا في الكل، إلا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري، فقال له حينئذ: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف الباقي؛ فإن هذا لا يكون تسليمًا[٢].

وجه قول محمد: أنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الآخر؛ لأنه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه؛ وهذا دليل الرضا فبطل حقه فيه؛ فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشتري، بخلاف ما إذا كان سبق منه الطلب في الكل؛ لأنه لما طلب في الكل فقد تقرر حقه في الكل ولم يكن قوله بعد ذلك: أعطني النصف على أن أسلم لك النصف الباقي تسليمًا، بخلاف ما إذا قال ابتداءً؛ لأن الحق لم يتقرر بعد.

وجه قول أبي يوسف: أن الحق ثبت له في كل الدار، والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد، فبقي كما كان، إن شاء أخذ الكل بالشفعة، وإن شاء ترك، وجواب محمد - رحمه اللَّه - عن هذا أنه وجد منه الإسقاط في النصف الذي لم يطلبه من طريق الدلالة.

ولو كان أحد الشفيعين حاضرًا والآخر غائبًا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته؛ لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة، فإذا ترك في شيء منها وجد الإعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف، وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك، وليس له أن يأخذ النصف لما ذكرنا، والشرط رغبة المالك عنها، حتى إذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها، وقيل: البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح؛ لكونه إسقاطًا قبل وجود سببه، وهو البيع، ولو كان السبب الاتصال لصح؛ لكونه بعد وجود السبب، وجوابه أنه إنما لم يصح الإسقاط قبله لفقد شرطه، وهو البيع؛ لأن السبب لا يكون سببًا إلا عند وجود

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٢.

(٢) المرجع السابق: ٥/ ٢٢.

شرطه كما في الطلاق المعلق.

***

● **(مادة ١٣٩) : لا تبطل الشفعة[١] بموت المشتري[٢].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن عدم بطلان الشفعة بموت المشتري، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن طلب الشفيع نصف المبيع باعتباره أحد الشريكين.

ذلك أن الشفعة حق للشفيع، فلا تبطل بموت المشتري؛ لأن المستحق باقٍ، ولم يتغير سبب الحق، وللشفيع أن يأخذ من وارثه؛ لأن الشفعة حق على المشتري؛ ألا ترى أنه مجبور عليه في التملك فلا يسقط بموته، كحق الرد بالعيب؟ ولو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه[٣].

***

● **(مادة ١٤٠) : تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو الرضا، سواء كان موته قبل الطلب أو بعده، ولا ينتقل[٤] حقه فيها إلى ورثته[٥].**

تكلم المؤلف في هذه المادة عن بطلان حق الشفعة بموت الشفيع، وذلك بعد أن تكلم

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ويترتب على أن الشفعة بإرادة الشفيع ومشيئته أنها لا تبطل بموت المشتري؛ لأن المستحق موجود ولم يتغير سبب حقه، ولهذا لا يجوز لأحد من الورثة بيعه ولا للقاضي، كما لا يجوز لغرماء المشتري طلب بيعه لقضاء دينهم؛ فلو تصرف فيه الورثة أو غيرهم؛ فللشفيع نقض تصرفهم كما جاز له أن ينقض تصرف المشتري نفسه.

(٢) جاء في: « البناية شرح الهداية » : ٨/ ٥٧٨: « وإن مات المشتري لم تبطل؛ لأن المستحق باق، ولم يتغير سبب حقه ». انظر: تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٧، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٨، رد المحتار : ٦/ ٢٤١، بدائع الصنائع : ٥/ ٣١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٢٥٩.

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل الأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي، سواء مات قبل طلب المواثبة والإشهاد أو بعدهما، وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمال؛ بل هو مجرد إرادة ومشيئة؛ ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب في الأخذ قد بطل بموته، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع إلى زمن الأخذ بالتراضي أو الحكم بقضاء القاضي، وملك الورثة حادث بعد البيع فلم يوجد السبب وقت حصول البيع؛ ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه، فلو باع حقه في الشفعة بطل حقه؛ لوجود الإعراض ولزم رد العوض.
وقال الشافعي ومالك: لا يبطل الحق في الشفعة بموت الشفيع فيورث عنه وتقوم ورثته مقامه؛ لأن حقه معتبر شرعًا، مثل حق الرد بخيار العيب، ومثل حق القصاص، والظاهر أنه على مذهبهما يجوز أخذ العوض عنه؛ لتصريحهما بأنه حق معتبر شرعًا.

(٥) جاء في بدائع الصنائع للكاساني : ٥/ ٣١: « إذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفعته وهذا عندنا. وعند الشافعي – رحمه اللّٰه – لا تبطل، ولوارثه حق الأخذ ». انظر: رد المحتار : ٦/ ٢٤١، الفتاوى الهندية : ٥/ ١٨٢، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٧، ٢٥٨، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٨، البناية في شرح الهداية: ٨/ ٥٧٧، ٥٧٨.

في المادة السابقة عن عدم بطلان الشفعة بموت المشتري.

ذلك أن الشفعة حق لا يقبل التوريث؛ لأنه ضعيف فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه، ولا تبطل بموت المشتري، وقال الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضًا؛ لأن هذا حق معتبر في الشرع، كالقصاص وحق الرد بالعيب، ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص؛ لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص؛ ولهذا جاز أخذ العوض عنه، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه بخلاف الشفعة؛ لأنها مجرد حق؛ إذ هي مجرد الرأي والمشيئة، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها، وكذا لا يمكن إرثها؛ ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت؛ لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ، وإنما لا تبطل بموت المشتري؛ لأن المستحق باقٍ ولم يتغير سبب حقه، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف، وكذا لو باعها القاضي بعد موته، أو باعها وصيه كان له نقضه.

والخلاف فيما إذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له، فإذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع، فالبيع لازم لورثته بالاتفاق.

قال الإمام الإسبيجابي - رحمه اللَّه - في شرح الطحاوي: صورته أن دارًا بيعت ولا شفيع وطلب الشفعة، فأثبتها بالطلبين ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات تكون ميراثًا لورثته[1].

* * *

● (مادة ١٤١): إذا باع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدًا قبل تملكه العقار المشفوع بطلت[2] ....

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٥٨.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه قبل حكم القاضي له بها أو الأخذ بالتراضي؛ فلو باع العقار الذي يشفع به أو وقفه على نفسه وأولاده من بعده أو على الفقراء من أول الأمر أو جعله مسجدًا بطل حقه في الشفعة؛ لعدم وجود السبب كما تقدم.

شفعته[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن بيع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدًا قبل تملكه العقار المشفوع، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن بطلان حق الشفعة بموت الشفيع.

ذلك أنه لو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري، فهذا لا يخلو إما أن يكون البيع باتًّا، وإما أن يكون فيه شرط الخيار؛ فإن كان باتًّا لا يخلو أن يبيع كل الدار أو جزءًا منها، فإن باع كلها بطلت شفعته؛ لأن سبب الحق هو جوار الملك، وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم؛ لأن هذا في معنى صَريح الإسقاط؛ لأن إبطال سبب الحق إبطال الحق، فيستوي فيه العلم والجهل، فإن رجعت الدار إلى ملكه بعيبٍ بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق قد بطل فلا يعود إلا بسبب جديد.

وكذلك لو باعها الشفيع بيعًا فاسدًا وقبضها المشتري بطلت شفعته؛ لزوال سبب الحق وهو جواز الملك، فإن نقض البيع فلا شفعة له؛ لما ذكرنا أن الحق بعدما بطل لا يعود إلا بسبب جديد، وإن باع جزءًا من داره، فإن باع جزءًا شائعًا منها فله الشفعة بما بقي؛ لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداءً فأولى أن يصلح للبقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإن باع جزءًا معينًا، بيتًا أو حجرة، فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة فكذلك؛ لأن السبب - وهو جوار الملك - قائم وإن كان مما يلي تلك الدار، فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت الشفعة؛ لأن الجوار قد زال، وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدار فهو على شفعته؛ لما ذكرنا أن هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداءً، فلأن يصلح لبقاء المستحق أَوْلَى، وإن كان فيه خيار الشرط، فإن كان الخيار للبائع - وهو الشفيع - فهو على شفعته ما لم يوجب البيع؛ لأن السبب - وهو جوار الملك - قائم؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فإن طلب الشفعة في مدة الخيار كان ذلك منه نقضًا للبيع؛ لأن طلب الشفعة دليل استبقاء الملك في المبيع وذلك إسقاط للخيار ونقض للبيع، وإن كان الخيار للمشتري بطلت شفعته؛ لأن الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف، فزال سبب الحق وهو جوار الملك، وإن كان الشفيع شريكًا وجارًا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار؛ لأنه إن بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقي الآخر وهو الجوار، ولهذا استحق به ابتداءً،

---

(١) جاء في: «البناية في شرح الهداية»: ٨/ ٥٧٩: «إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه؛ أي سبب الاستحقاق، وهو اتصال الملكين، قد زال قبل التملك».

فلأن يبقى به الاستحقاق أَوْلَى[١].

***

❁ (مادة ١٤٢): إذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من المشتري سقطت شفعته، وإذا سقطت شفعته فلمن دونه أو مثله في الدرجة من الشفعاء أن يأخذه[٢] بالعقد[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن شراء الشفيع العقار المشفوع من المشتري، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن بيع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدًا قبل تملكه العقار المشفوع.

ذلك أن الشفيع إذا علم بالشفعة ولم يطلبها؛ بل رضي بالمشتري صراحة أو دلالة بطل حقه فيها، ومعنى الدلالة أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضًا، وذلك نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر، أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل، وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا، أمَّا المساومة؛ فلأنها طلب تمليك بعقد جديد، وأنه دليل الرضا بملك المتملك، وكذلك التولية؛ لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وأنها دليل الرضا بملك المتملك، وأمَّا الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة؛ فلأنها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه، وإذا كان للدار شفيعان فأسقط أحدهما الشفعة فإن للآخر أن يأخذ كل الدار بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما، وإنما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينًا، فإذا أسقط أحدهما حقه زال التزاحم والتعارض، فظهر حق الآخر في الكل، فيأخذ الكل، وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط بعضهم حقه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٢.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: يسقط حق الشفيع بشرائه من المشتري، وإذا سقط حق الشفيع في الشفعة انتقل الحق إلى من يليه في الاستحقاق بشرط حصول الطلب منه عند حصول البيع، بحيث لو لم يطلب لا ينتقل حق الشفعة إليه لبطلانه بترك الطلب، وكذا الحكم لو أسقط حقه قبل الحكم أو الأخذ بالتراضي، ولكن لو أسقط حقه بعد الأخذ لا ينتقل إلى من يليه لثبوت ملكه فلا ينتقل إلى ملك غيره إلا بسبب من أسباب الملك المتقدمة.

(٣) جاء في حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٢٨: «ويبطلها شراء الشفيع من المشتري؛ لأنه بالإقدام على الشراء من المشتري أعرض عن الطلب، وبه تبطل الشفعة».

فللباقين أن يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا.

***

(مادة ١٤٣) : إذا استأجر الشفيع المبيع أو ساومه بيعًا أو إجارة أو طلب من المشتري بيعه له تولية؛ أي بمثل الثمن الأول سقطت[١] شفعته[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم إعلان الشفيع رغبته في استجار المبيع أو ساوم المشتري بيعًا أو إجارة، أو طلب من المشتري بيعه له تولية؛ أي بمثل الثمن الأول، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن شراء الشفيع العقار المشفوع من المشتري.

وما ذكره في هذه المادة من الأمثلة تعبير عن رضا الشفيع بالبيع دلالة، وهو مما يؤدي إلى سقوط حق الشفعة.

وينصرف بطلان الشفعة من طريق الدلالة على كل الأحوال التي يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضًا، وذلك نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر، أو قام عن المجلس، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل، وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا كما تقدم.

***

(مادة ١٤٤) : إذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم في الشفعة ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به فله حق[٣] ....

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يسقط حق الشفيع بشرائه من المشتري أو استجاره أو مساومته بيعًا بأن طلب منه أن يبيعه له بثمن قدره كذا، أو ساومه إجارة بأن طلب من المشتري أن يؤجره له، أو ضمن استحقاق المبيع أو طلب منه أن يبيعه له مرابحة أو تولية بأن قال له: بعه لي بها اشتريت وأزيد لك عشر جنيهات مثلًا، أو قال له: بعه بالثمن الذي اشتريت به، فالأول: هو المرابحة، والثاني: التولية لوجود ما يدل على الإعراض؛ لأن إقدامه على ذلك مع إمكانه أخذه بالشفعة يدل على إعراضه.

(٢) تعتبر المساومة تنازلًا عن الشفعة، فإذا ساوم الشفيع الدار من المشتري سقط حقه في الشفعة؛ لأن المساومة طلب تمليك بعقد جديد، وهو دليل الرضا بنقل الملك. جاء في «رد المحتار» : ٦/ ٢٤٢: «وكذا يبطلها إن استأجرها أو ساومها بيعًا أو إجارة». انظر: الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ١٦٩، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٥٨، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٢٨.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وكذا لو علم بأن الثمن كذا فاستكثره فسلم، ثم ظهر أنه أقل فله الأخذ؛ لأن علمه بالثمن لم يكن صحيحًا؛ ولأن تسليمه كان للاستكثار فلا يكون دليل الإعراض.

الشفعة[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم إخبار الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم في الشفعة، ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به، كما لو أخبر أن الثمن بألف درهم فسلم الشفعة، فإن كان أكثر من ألف فتسليمه صحيح، وإن كان أقل فله الشفعة عندنا، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له في الوجهين؛ لأنه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة، ورضي بمجاورة هذا المشتري، فلا يكون له أن يأبى ذلك بعد الرضا به، ولكنا نقول: إنما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن ألف درهم؛ لأنه بنى تسليمه على ما أخبر به، والخطاب السابق كالمعاد فيما بُني عليه من الجواب، فكأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفًا، وإنما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن؛ أو لأنه لم يكن متمكنًا من تحصيل الألف، ولا يزول هذا المعنى إذا كان الثمن أكثر من ألف؛ بل يزداد، فأمَّا إذا كان الثمن أقل من الألف، فقد انعدم المعنى الذي كان لأجله رضي بالتسليم، فيكون على حقه؛ وهذا لأن الأخذ بالشفعة شراء، وقد يرغب المرء في شراء شيء عند قلة الثمن، ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن، ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلًا؛ لأن وجوب حقه بالشراء، والإسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوًا، كالإبراء عن الثمن قبل البيع.

ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال، أو يوزن فسلم الشفعة، فإذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر، فهو على شفعته؛ لأن الإنسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس، وكان هذا التقييد مفيدًا في حقه، فكأنه قال: سلمت إن كان الثمن كرًّا من شعير، فإذا ظهر أن الثمن كر من حنطة، فهو على حقه لو أخبر أن الثمن عبد، أو ثوب، أو دابة، ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا، فهو على شفعته؛ لأن ما له مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري، وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم، وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد مفيدًا في حقه، ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم، ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها ألف درهم، أو أقل، أو أكثر فعندنا هو على شفعته إن كانت قيمتها أقل من الألف وإلا فتسليمه صحيح.

وعلى قول زفر: هو على شفعته على كل حال؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان؛ ولهذا حل التفاضل بينهما، فكأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألف درهم؛ فإذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفعته كما في المكيلات، والموزونات، ولكنا نقول: الدراهم، والدنانير جنسان

---

(١) جاء في: «البناية في شرح الهداية»: ٨/ ٥٨٣: «إذا بلغ الشفيع أن الدار بيعت بألف درهم فسلم الشفعة، ثم علم أنها بيعت بأقل - أي من الألف - قيد به؛ لأنه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفعته كما علم؛ لأن الرضى بالتسليم بألف رضًى بالتسليم بأكثر منه، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له في الوجهين».

صورةً، ولكنهما جنس واحد في المعنى؛ والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في العادة، فلا يتقيد رضاه بالصورة، وإنما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية، فيكون تسليمه صحيحًا إذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به؛ وهذا لأن من لا يرغب في شراء الشيء بألف درهم لا يرغب في شرائه أيضًا بمائة دينار قيمتها ألف درهم، وما لا يكون مفيدًا من التقييد لا يعتبر، ولو قيل: له اشتراها بعبد، أو ثياب قيمته ألف درهم فسلم، فإذا الثمن دراهم أو دنانير، فهو على شفعته؛ لأن هذا التقييد مفيد في حقه؛ لأنه وإن كان يأخذها بالقيمة، فقد يصير مغبونًا في ذلك؛ لأن تقويم الشيء بالظن يكون قائمًا، ولعله أقدم على التسليم لهذا، وينعدم هذا المعنى إذا كان الثمن دراهم، ولو قيل له: إنه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة، فإذا قيمة العبد أكثر من ذلك، فلا شفعة له، وإن كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة؛ لأن الثمن إذا كان مما لا مثل له من جنسه فإنما يأخذ الشفيع بقيمته، فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة، فإذا كان الثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيًا بسقوط حقه.

ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه؟ الأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إن كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفعته، وإن كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته؛ لأن غرضه في التسليم إذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلًا لغرضه فصح، وإذا اختلف غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلًا لغرضه فلم يصح التسليم، وبيان هذا في مسائل: إذا أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين أنها بيعت بألفين فلا شفعة له؛ لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن، فإذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أَوْلَى، فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته، ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة فله الشفعة، لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفعته.

***

● (مادة ١٤٥) : إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي، فله حق[1] ....

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا يسقط حق الشفيع إذا علم أن المشتري زيد فسلم، ثم ظهر أنه بكر؛ بل له حق الأخذ بالمنفعة؛ لتفاوت الناس في الأخلاق والمعاشرة، فالتسليم بالنسبة لبعض الناس لا يكون تسليمًا لغيره؛ بل لو علم أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه هو مع غيره فله الأخذ من ذلك الغير لما تقدم.

الشفعة[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم ما إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تسليم الشفيع عند إخباره بمقدار الثمن، فاستكثره ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به.

وكذا لو أخبر الشفيع أن المشتري فلان، فقال: قد سلمت له، فإذا المشتري غيره، فهو على شفعته؛ لما بينَّا أن الناس يتفاوتون في المجاورة، فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه مفيد؛ كأنه قال: إن كان المشتري فلانًا، فقد سلمت الشفعة فإذا تبين أن المشتري غيره، فهو على حقه، وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان، وهو على شفعته في نصيب الآخر؛ لأنه رضي بمجاورة أحدهما؛ فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر، والبعض معتبر بالكل.

***

● (مادة ١٤٦) : إذا بلغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم في الشفعة، ثم تحقق له شراء كل المبيع فله الشفعة، وفي عكسه[2] لا شفعة له[3].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم بلوغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم في الشفعة، ثم تحقق له شراء كل المبيع وعكسه، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن حكم ما إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي.

ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة، ولو أخبر بشراء

---

(١) جاء في « تبيين الحقائق » : ٥/ ٢٦٠: أنه: « إن قيل له: إن المشتري فلان فسلم، فبان أنه غيره فله الشفعة؛ لتفاوت الناس في الأخلاق، فمنهم من يُرْغب في معاشرته، ومنهم من يُجْتنب مخافة شره، فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليمًا في حق غيره ».

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا علم أن الذي بيع هو النصف فسلم، ثم بان أنه الكل فله الشفعة في الكل؛ لأن التسليم في النصف لا يكون تسليمًا في الكل؛ ولأنه سلم في النصف لخوف ضرر الشركة، ولا شركة في حال بيع الكل، فالإعراض عن أخذ النصف لا يعد إعراضًا عن أخذ الكل، بخلاف ما لو علم أن الذي بيع هو الكل فسلم، ثم تبين أن ما بيع هو النصف فإن حقه يسقط؛ لأن التسليم في الكل تسليم في النصف، لأنه جزء منه، وقال بعض الفقهاء: لا يسقط حقه في هذه الحالة أيضًا؛ بل له أن يأخذ النصف؛ لأنه قد يكون الإعراض؛ لعدم القدرة على ثمن الكل وقد تكون حاجته إلى النصف فقط؛ لتتميم مرافقه فإعراضه عن الكل لا يكون دليل الإعراض عن النصف وهو وجيه.

(٣) جاء في « البناية شرح الهداية » : ٨/ ٥٨٦: « ولو بلغه شراء النصف فسلم، ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة؛ أي لأن تسليم شفعته كان لأجل ضرر الشركة ولا شركة هاهنا، فكانت له الشفعة في جميع الدار، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه ».

الجميع فسلم، ثم تبين أنه اشترى النصف، فالتسليم جائز ولا شفعة له.

ذلك أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر، وهو ضرر الشركة، وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض، فلم يصح التسليم فبقي على شفعته، وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة؛ لأنه داخل في الكل، فصار بتسليم الكل مسلمًا للنصف؛ لأن الشركة عيب، فكان التسليم بدون العيب تسليمًا مع العيب من طريق الأولى، كما لو أخبر أن المشتري زيد فسلم، ثم تبين أنه عمرو فهو على شفعته؛ لأن التسليم للأمن عن الضرر، والأمن من ضرر زيد لا يدل على الأمن من ضرر عمرو؛ لتفاوت الناس في الجوار، ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو؛ لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقي له الشفعة في نصيبه، ولو أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم، ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة وقبل المشتري الحط كان له الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فتبين أن البيع كان بخمسمائة فصار، كما إذا أخبر أنها بيعت بألف فسلم، ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة، ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة؛ لأن الحط لم يصح إذا لم يقبل، فلم يتبين أنها بيعت بأنقص من ألف، فلم تجب الشفعة.

***

باب: في التملك بوضع
اليد على الأموال المباحة

● (مادة ١٤٧) : الأراضي الموات؛ أي المباحة التي لا ينتفع بها، وليست في ملك أحد تكون ملكًا لمن وضع يده عليها وأحياها بإذن ولي الأمر[١] مسلمًا كان أو ذميًّا لا مستأمنًا[٢].

فمن أذن له بإحياء أرض موات، وكان واحدًا منهما وأحياها بأن زرعها أو غرس أو بنى فيها

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨٨٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: « قد يكتسب الإنسان ملك الأعيان بطريق التلقي من شخص آخر، أو بنفسه بدون اكتساب الملك من غيره، فالأول: مثل البيع والهبة والإرث والشفعة، والثاني: هو الملك بسبب وضع اليد على الشيء المباح، وهو إمَّا أن يكون الإنسان أو غيرها مثل المعادن كما سيبين قريبًا، فإن كان أرضًا لا ينتفع بها وليست بمملوكة لأحد وأحياها مسلم أو ذمي بإذن ولي الأمر أو نائبه كالقاضي فقد ملكها، ولا يجوز لأحد نزعها منه إلا بسبب من أسباب الملك التي سبق بيانها، أو كان هناك ضرورة لذلك؛ كأن احتيج إليها للمنافع العمومية، فتؤخذ منه بقيمتها كسائر أملاكه.

وإحياؤها يكون بحرثها وسقيها وغرسها أشجارًا، فلو كانت مملوكة لشخص أو كان ينتفع بها فلا يجوز لأحد إحياؤها، واشترط أبو يوسف زيادة على ذلك أن تكون بعيدة عن العامر مثلًا؛ بحيث لو صاح من بأقصاه وكان عالي الصوت لا يسمعه من بالأرض الموات؛ لأن القريبة من العامر مظنة الاحتياج إليها؛ إذ الظاهر أن ما يكون قريبًا من العامر لا ينقطع ارتفاق أهله عنه، ولم يشترط ذلك محمد، بل جعل المدار في جواز إحيائها على الانتفاع بها وعدمه، بلا فرق بين كونها قريبة أو بعيدة.

والقائل بأن الإحياء متوقف على إذن الإمام أو نائبه هو الإمام أبو حنيفة، واستدل على ذلك بقوله ﷺ: « لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه »، مسند الإمام أحمد بن حنبل : حديث رقم: ٢١١٢٠، ٥/ ١١٣؛ ولأنه ملك للعامة بحق الفتح فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتوقف الإحياء على إذن الإمام إذا كان المحيي مسلمًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « من عَمَّر أرضًا ليست لأحد فهو أحق بها »، ولقوله ﷺ: « من أحيا أرضًا ميتة فهي له » مسند الإمام أحمد بن حنبل : حديث رقم: ١٤٦٧٧، ٣/ ٣٣٨؛ ولأنه مال مباح سبقت يد المحيي إليه، ورجح العلماء كلًّا من الرأيين، والظاهر الأول؛ لأنه أكثر ملاءمة للنظام فلا يحصل نزاع بين الأهالي بل كل له إذن خاص به مسجل في سجلات معلومة.

ثم إن المحييَ لها، إما أن يكون ذميًّا أو مسلمًا، فإن كان ذميًّا قدّر عليها الخراج المناسب لها مطلقًا، سواء كانت قريبة من ماء الخراج أو من ماء العشر في نظير ريها وحفظها، وإن كان مسلمًا وكانت قريبة من ماء الخراج بحيث يتعين ريها منه قدر عليها الخراج أيضًا باعتبار سقيها، وإن كانت قريبة من ماء العشر بحيث تسقى منه قدر عليها العشر؛ لأنها زكاة، وهي أليق به، ولو حجرها بدون إحياء بأن وضع على حدودها علامات وأزال ما فيها من الشوك والحشيش كان ذلك سببًا في كونه أَوْلَى من غيره إلى ثلاث سنين، وهو تحجير لا إحياء، فإذا لم يحيها في تلك المدة جاز للإمام أخذها منه؛ لأنه إنما أعطاها له؛ لينتفع بها بالإحياء وتنتفع الأمة بخراجها أو عشرها، فإذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده، وإنما قدرت المدة بثلاث سنين لأثر عمر ﷺ وهو: « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ».

« إذا أحيا مسلم أو ذمي أرضًا غير منتفع بها وليست مملوكة لمسلم ولا ذمي وهي بعيدة عن القرية إذا صاح بأقصى العامر =

فقد ملكها، ولا تنزع منه؛ بل يربط عليها العشر إن كانت أقرب إلى أرض العشر، وكان المحيي مسلمًا وإلا فالخراج[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الأراضي الموات، وذلك في بداية حديثه عن التملك بوضع اليد على الأموال المباحة، وذلك في إطار حديثه عن أسباب الملك إجمالًا والتي تكلم عنها في المادة (٧٢)، ثم ذهب يفصل هذه الأسباب، فتحدث أولًا عن العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة ووصية، ثم تكلم عن الملك بسبب الخلافة؛ أي خلافة الوارث الميت في أملاكه، وذلك بالميراث ثم تكلم عن الشفعة؛ لأنها ليست بعقد كما أنها ليست خلافة إنما تملك ولو جبرًا على البائع أو المشتري، ثم بدأ يتحدث عن السبب الأخير من أسباب الملك والتمليك بطريق الأصالة؛ أي بوضع اليد على المال المباح، وذلك بإحرازه؛ لأن الناس في المباحات سواء، وإنما يظهر التقوم فيها بالإحراز فكانت للمحرز، ولكن المال ما دام محرزًا بدار الإسلام لا يملك بالقهر؛ لأنه بالإحراز معصوم، والقهر يوجب الملك في محل مباح لا في محل معصوم.

ألا ترى أن الصيد المباح يملك بالأخذ، والصيد المملوك لا يملك بالأخذ، وعلى غاصبه رده إلى ربه بغير شيء؟ وعليه فالمال يجري فيه من المساهلة في الإثبات، والاستيفاء ما لا يجري في العقوبات، فهو يثبت بالشبهات بخلاف الحدود التي تسقط بالشبهات.

ذلك أن الموات - بالفتح -: في اللغة ما لا روح فيه، والموات أيضًا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين، وفي القاموس: الموات كغراب وسحاب: ما لا روح فيه، والأرض لا مالك لها من الآدميين، الأرض الخراب وخلافه العامر.

وجعله في المصباح من التسمية بالمصدر؛ لأنه في الأصل مصدر مثل الموت، وشرعًا هي؛ أي الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت، على أرض لا ينتفع بها؛ لانقطاع مائها أصلًا أو عارضًا؛ بحيث لا يرجى عوده أو لغلبة الماء عليها أو نحوهما مما يمنع الانتفاع؛ مثل غلبة الرمل والحجر والشوك، ومثل أن تكون الأرض مالحة أو غيرها عادية؛

= لا يسمع بها صوت ملكها عند أبي يوسف وهو المختار، واعتبر محمد عدم ارتفاق أهل القرية به، إن أذن له الإمام في ذلك، وقالا - أبو يوسف ومحمد : يملكها بلا إذنه، وهذا لو كان مسلمًا، فلو ذميًّا شرط الإذن اتفاقًا ولو كان مستأمنًا لم يملكها أصلًا اتفاقًا »، الدر المختار: ص : ٤٣٢.

(١) جاء في: « الدر المختار » : ٦/ ٤٣٢ : « إذا أحيا مسلم أو ذمي أرضًا غير منتفع بها، وليست مملوكة لمسلم ولا ذمي وهي بعيدة عن القرية، إذا صاح بأقصى العامر لا يسمع بها صوت ملكها عند أبي يوسف وهو المختار، واعتبر محمد عدم ارتفاق أهل القرية به، إن أذن له الإمام في ذلك، وقالا - أبو يوسف ومحمد يملكها بلا إذنه وهذا لو كان مسلمًا، فلو ذميًّا شرط الإذن اتفاقًا ولو كان مستأمنًا لم يملكها أصلًا اتفاقًا ».

أي قديمة غير مملوكة لأحد من زمان بعيد؛ ولذا نسبت إلى عاد أو مملوكة في الإسلام، لكن ليس لها اليوم مالك معين مسلم أو ذمي سواء كان فيها آثار العمارة أو لا؛ فإن حكمها كالموات، حيث يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في الموات، لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها إن نقصت بالزراعة، وإلا فلا، وعن محمد: لا يحيي ماله آثار العمارة ولا يؤخذ منه التراب كالقصور الخربة كما في القهستاني، قيد بما ليس لها بمالك؛ لأنها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي لم يكن مواتًا، وإن مضت عليه القرون وصارت خربة.

وفي الذخيرة أن الأراضي التي انقرض أهلها كالموات، وقيل: كاللقطة، وعند محمد: إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتًا علم لها مالك معين أو لا؛ بل تكون لجماعة المسلمين، ويشترط عند أبي يوسف كونها - أي الأرض - بعيدة عن العامر؛ أي البلد أو القرية، فإن العامر بمعنى المعمور؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبًا من القرية لا ينقطع احتياج أهلها إليه، كرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلا يكون مواتًا، وحد البعيد أن يكون في مكان؛ بحيث لو صيح من أقصاه؛ أي لو وقف إنسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لا يسمع فيها فإنه موات، وإن كان يسمع فليس بموات.

وفي رواية عنه: أن البعد قدر غلوة كما في الظهيرة، وعند محمد: يشترط أن لا ينتفع بها - أي بالأرض - أهل العامر؛ من حيث الاحتطاب والاحتشاش إلى غير ذلك، فلو كانت قريبة من العامر فلا، حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيدًا، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبًا من العامر، وبه قالت الأئمة الثلاثة وشمس الأئمة اعتمد قول أبي يوسف كما في التبيين.

وبقول محمد يفتى وهو ظاهر الرواية، والمفهوم من كلام صاحب التسهيل أن قول الإمام كقول أبي يوسف في اشتراطه البعد؛ حيث قال: اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافًا لهما، ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره، قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها دون رقبتها، والأصح أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبتها بالإحياء، فلا يخرج عن ملكه بالترك، ولو أحيا أرضًا ميتة ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الأول في الأرض؛ لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراد، ويملك الذمي بالإحياء كالمسلم؛ لأنهما لا يختلفان في سبب الملك.

وأمَّا تفسير الإحياء شرعًا؛ فهو أن يكرب الأرض ويسقيها فإن كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها فليس بإحياء، وفي الكافي: لو فعل أحدهما يكون إحياء، وعن أبي يوسف: الإحياء البناء والغراس أو الكرب أو السقي، وعن محمد: الكرب الإحياء، وفي الغيائية عن

محمد الكرب ليس بإحياء إلَّا أن يبذرها، وعن شمس الأئمة: الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة، وفي الخانية: لو بنى في بعض أرض الموات أو زرع فيها كان ذلك إحياء لذلك البعض دون غيره، إلا أن يكون ما عمر أكثر من النصف في قول أبي يوسف، وقال محمد: إذا كان الموات في وسط الإحياء يكون إحياء للكل.

وفي التبيين: ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره، قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها دون رقبتها، والأصح أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبتها بالإحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك.

وأمَّا بيان حكم أرض الموات إذا ملكت، فيختص بها حكمان أحدهما: حكم الحريم، والثاني: الوظيفة من العشر والخراج؛ أما الأول: فالكلام فيه في موضعين، أحدهما: في أصل الحريم، والثاني: في قدره.

أمَّا أصله: فلا خلاف في أن من حفر بئرًا في أرض الموات يكون لها حريم، حتى لو أراد أحد أن يحفر في حريمه له أن يمنعه؛ لأن النبي ﷺ جعل للبئر حريمًا، وكذلك العين لها حريم بالإجماع؛ لأنه ﷺ جعل لكل أرض حريمًا.

وأمَّا تقديره: فحريم العين خمسمائة ذراع بالإجماع وبه نطقت السنة، وهو قوله ﷺ: « **للعين خمسمائة ذراع** »، وحريم بئر العطن أربعون ذراعًا بالإجماع، نطقت به السنة، قال النبي ﷺ « **وحريم بئر العطن أربعون ذراعًا** »، وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - أربعون ذراعًا، وعندهما: ستون ذراعًا، احتجاجًا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « **وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا** ».

وجه قول أبي حنيفة: أن الملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام أو بغير إذنه، ولم يوجد منه إحياء الحريم، وكذا إذن الإمام يتناول الحريم مقصودًا إلا أن دخول الحريم لحاجة البئر إليه، وحاجة الناضح تندفع بأربعين ذراعًا من كل جانب، كحاجة العطن فبقي الزيادة على ذلك على حكم الموات، والحديث يحتمل أنه قال ﷺ ذلك في بئر خاص، وللإمام ولاية ذلك.

وأمَّا حريم النهر: فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره، فعند أبي يوسف: قدر نصف بطن النهر من كل جانب، النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب، وعند محمد: قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه.

وأمَّا النهر إذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه،

والصحيح أن له حريمًا بلا خلاف لما قلنا.

وأمَّا الثاني وهو حكم الوظيفة، فإن أحياها مسلم، قال أبو يوسف: إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية، وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية، وقال محمد: إن أحياها بماء العشر فهي عشرية، وإن أحياها بماء الخراج فهي خراجية، وإن أحياها ذمي، فهي خراجية كيف ما كان بالإجماع.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٨٨٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[(١)]، ونصها:

١ - « العقارات التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة.

٢ - ولا يجوز أن تترتب عليها حقوق لأشخاص طبيعيين أو اعتباريين إلا وفقًا لأحكام القوانين الخاصة بها »[(٢)].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨٨٦) : ص : ٣٥٧.

(٢) كانت المادة (٨٧٤) من مشروع القانون المدني المصري تنص على ما يأتي:

١ - « الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة.

٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقًا للوائح.

٣ - إلا أنه إذا زرع مصري أرضًا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك ».

ويقصد بهذه الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها من الأفراد والأراضي الموات؛ أي أراضي الصحاري والجبال التي لا تمارس عليها سلطات المالك؛ لكونها لا تدخل في زمام العمران؛ ولذا لا تكون سلطة الدولة عليها سلطة سيادة، فلم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة.

ثم صدر القانون رقم : ١٠٠ لسنة (١٩٦٤م) بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، وبموجب المادة (٧٦) من هذا القانون ألغيت الفقرة الثالثة من المادة (٨٧٤) مدني المذكورة، فلم يعد هناك مجال في القانون المصري لتملك الأرض بالاستيلاء المصحوب بالتعمير على النحو المذكور في الفقرة المحذوفة.

وبموجب هذا القانون أصبحت العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة تشمل ما يأتي:

(١) الأراضي الزراعية: وهي الأراضي الواقعة داخل الزمام، والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين التي تكون مزروعة بالفعل، وكذلك أراضي طرح النهر؛ وهي الأراضي الواقعة بين جسري نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه.

(٢) الأراضي البور: وهي الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام، والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين.

(٣) الأراضي الصحراوية: وهي الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها، سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة، أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة (م٢ من قانون).

٤- الأراضي الفضاء والعقارات المبنية.

● (مادة ١٤٨) : إذا وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين، ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار، فإنه يكون ملكًا لمالك الأرض[(١)] وعليه الخمس للحكومة[(٢)].

= وبذلك أصبحت الأراضي الصحراوية من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة على خلاف ما كان مقررًا من قبل.

وقد نصت المادة (٤٧/ ١) من هذا القانون على أنه: « لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسري عليها أحكام هذا القانون، إلا وفقًا لهذه الأحكام »، وهذا القانون يجعل الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات هو الشراء بطريق التوزيع أو الممارسة أو المزاد العلني وفقًا لشروط خاصة (م٣ من القانون).

كذلك تعتبر التركات التي لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة؛ فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم: ٧١ لسنة (١٩٦٢م) بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على أنه: « تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفون من غير وارث، أيًا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم »، ومن هذا؛ فإن أموال هذه التركات لا تعتبر أموالًا مباحة، فلا يجوز تملكها بالاستيلاء؛ لأن الدولة تملكها بمجرد وفاة المالك بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء.

ويخلص من كل ما تقدم أنه لم يعد يجوز في القانون المصري تملك العقار بالاستيلاء.

غير أن هناك تفكيرًا في إعادة حكم الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة (٨٧٤) من التقنين الحالي بغية التشجيع على تعمير الصحاري والاستفادة منها.

وفي ضوء كل هذا وضعت المادة المقترحة في مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، فبمقتضى الفقرة الأولى منها تكون العقارات التي لا مالك لها من أشخاص القانون الخاص ملكًا للدولة؛ حيث تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ويشمل حكمها الأراضي المزروعة، والأراضي غير المزروعة، والأراضي البور، والأراضي الموات؛ أي الصحاري والجبال، كما يشمل الأراضي الفضاء والعقارات المبنية.

وإزاء ما تقدم ذكره، ونظرًا إلى أن الحقوق التي تترتب للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين على العقارات المملوكة للدولة تتغير أحكامها من وقت إلى آخر في ضوء ظروف المجتمع، رؤي أن يترك تنظيم هذه الحقوق للقوانين الخاصة بها، حيث إنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة المقترحة، لا يجوز أن تترتب على العقارات المملوكة للدولة حقوق لأشخاص القانون الخاص، سواء كانوا أشخاصًا طبيعيين أو اعتباريين إلا وفقًا لأحكام القوانين الخاصة بهذه العقارات.

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة (٨٧٨) من التقنين الكويتي، و المادة (١١٠٥) من التقنين العراقي. والمواد (١٠٨٠ - ١٠٨٤) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: يجوز تملك الأراضي الموات بالاستيلاء إذا حازها الشخص وأحياها بإذن من ولي الأمر، ويكون إحياء الأرض بزرعها أو غرسها أو البناء عليها، وليس بتحجيرها.

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨٨٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « علمت حكم ما إذا كان المباح أرضًا، فإن كان غير أرض؛ فإما أن يكون من الجوامد التي تنطبع بالنار أو لا، فإن كان منها فإما أن يكون خلقيًّا، كمعدن ذهب وفضة ونحاس وحديد، وإما أن يكون صناعيًّا بأن يكون كنزًا، وعلى كلٍّ فإمَّا أن يكون في أرض مملوكة أو غير مملوكة، فإذا وجد إنسان معدنًا مركوزًا في أرض مملوكة لمعين فلمالك الأرض أربعة أخماسه؛ لأنه جزء من ملكه بما أن الأرض مملوكة له بجميع أجزائها، والخمس لبيت المال؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « وفي الركاز الخمس »، وكذا الحكم في أرض الوقف، ويعتبر الرِّكاز من أصل الوقف لا من الريع.

وإن وجد شخص ركازًا في أرض مملوكة لغير معين كأراضي الدولة، فالركاز كله لبيت المال، أما الخمس فظاهر وأمَّا الباقي =

وإن وجدت في أرض مملوكة لغير معين، كأراضي الحكومة تكون كلها للحكومة[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم ما وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين، ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ملكية واضع اليد على الأراضي الموات، فهي مثال لوضع اليد على العقار، وفي هذه المادة مثال لوضع اليد على المنقول.

ونبدأ بالحديث عن المستخرج من الأرض، فنقول المستخرج من الأرض نوعان: أحدهما: يسمى كنزًا، وهو المال الذي دفنه بنو آدم في الأرض، والثاني: يسمى معدنًا، وهو المال الذي خلقه اللَّه تعالى في الأرض يوم خلق الأرض، والرِّكاز اسم يقع على كل واحد منهما إلا أن حقيقته للمعدن واستعماله للكنز مجاز.

أمَّا الكنز فلا يخلو إما أن وجد في دار الإسلام، أو دار الحرب، وكل ذلك لا يخلو إمَّا أن يكون في أرض مملوكة، أو في أرض غير مملوكة، ولا يخلو إما أن يكون به علامة الإسلام، كالمصحف والدراهم المكتوب عليها: لا إله إلا اللَّه محمد رسول اللَّه، أو غير ذلك من علامات الإسلام، أو علامات الجاهلية من الدراهم المنقوش عليها الصنم، أو الصليب ونحو ذلك، أو لا علامة به أصلًا، فإن وجد في دار الإسلام في أرض غير مملوكة، كالجبال والمفاوز وغيرها، فإن كان به علامة الإسلام فهو بمنزلة اللقطة يصنع به ما يصنع باللقطة؛ لأنه إذا كان به علامة الإسلام كان مال المسلمين ومال المسلمين لا يغنم، إلا أنه مال لا يعرف مالكه فيكون بمنزلة اللقطة، وإن كان به علامة الجاهلية ففيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد بلا خلاف كالمعدن على ما بين، وإن لم يكن به علامة الإسلام ولا علامة الجاهلية، فقد قيل: إن في زماننا يكون حكمه حكم اللقطة أيضًا، ولا يكون له حكم الغنيمة؛ لأن عهد الإسلام قد طال، فالظاهر أنه لا يكون من مال الكفرة؛ بل من مال المسلمين لم يعرف مالكه، فيعطى له

= فلوجود المالك وهو جميع الأمة، فيأخذه وكيلهم بالنيابة عنهم، وهو الإمام؛ ليصرفه في المنافع العائدة على الأمة بالفائدة العامة، والظاهر أن الواجد له أجر مثله وللإمام أن يكافئه على عمله.

ومحل كون الواجد لا يأخذ شيئًا من الرِّكاز إذا لم يأذن له الإمام بالبحث في نظير جزء معلوم مما يجده، فإن صرح له بذلك بشروط معلومة فله ما شرطه له الإمام.

وإن وجد الرِّكاز في أرض غير مملوكة لأحد؛ كالجبال والمفاوز التي لا مالك لها فأربعة أخماسه للواحد، وخمسه لبيت المال للحديث المتقدم».

(١) جاء في بدائع الصنائع: ٢/ ١٠٠: «فإن وجد في دار الإسلام في أرض غير مملوكة، والموجود مما يذوب بالإذابة وينطبع بالحلية يجب فيه الخمس، سواء كان ذلك من الذهب والفضة أو غيرهما مما يذوب بالإذابة، وسواء كان قليلًا أو كثيرًا فأربعة أخماسه للواجد كائنًا من كان إلا الحر بي المستأمن؛ فيسترد منه الكل إلا إذا قاطعه الإمام فإن له أن يفي بشرطه».

حكم اللقطة، وقيل: حكمه حكم الغنيمة؛ لأن الكنوز غالبًا بوضع الكفرة وإن كان به علامة الجاهلية يجب فيه الخمس؛ لما روي أنه سئل رسول اللَّه ﷺ عن الكنز؛ فقال فيه: «وفي الرِّكاز الخمس»، ولأنه في معنى الغنيمة؛ لأنه استولى عليه على طريق القهر وهو على حكم ملك الكفرة فكان غنيمة، فيجب فيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد؛ لأنه أخذه بقوة نفسه وسواء كان الواجد حرًّا، أو عبدًا مسلمًا، أو ذميًّا كبيرًا، أو صغيرًا؛ لأن ما روينا من الحديث لا يفصل بين واجد وواجد؛ ولأن هذا المال بمنزلة الغنيمة، ألا ترى أنه وجب فيه الخمس؟ والعبد والصبي والذمي ليسوا من أهل الغنيمة، إلا إذا كان ذلك بإذن الإمام وقاطعه على شيء فله أن يفي بشرطه؛ لقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»؛ ولأنه إذا قاطعه على شيء فقد جعل المشروط أجرة لعمله فيستحقه بهذا الطريق، وإن وجد في أرض مملوكة يجب فيه الخمس بلا خلاف لما روينا من الحديث؛ ولأنه مال الكفرة استولى عليه على طريق القهر فيخمس.

واختلف في الأربعة الأخماس، قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما اللَّه -: هي لصاحب الخطة إن كان حيًّا وإن كان ميتًا، فلورثته إن عرفوا، وإن كان لا يعرف صاحب الخطة ولا ورثته تكون لأقصى مالك للأرض، أو لورثته، وقال أبو يوسف: أربعة أخماسه للواجد.

وجه قوله: إن هذا غنيمة ما وصلت إليها يد الغانمين، وإنما وصلت إليه يد الواجد لا غير، فيكون غنيمة يوجب الخمس، واختصاصه بإثبات اليد عليه يوجب اختصاصه به وهو تفسير الملك، كما لو وجده في أرض غير مملوكة، ولهما أن صاحب الخطة ملك الأرض بما فيها؛ لأنه إنما ملكها بتمليك الإمام، والإمام إنما ملك الأرض بما وجد منه ومن سائر الغانمين من الاستيلاء؛ والاستيلاء كما ورد على ظاهر الأرض ورد على ما فيها فملك ما فيها، وبالبيع لا يزول ما فيها؛ لأن البيع يوجب زوال ما ورد عليه البيع، والبيع ورد على ظاهر الأرض لا على ما فيها، وإذا لم يكن ما فيها تبعًا لها فبقي على ملك صاحب الخطة وكان أربعة أخماسه له. وصار هذا كمن اصطاد سمكة كانت ابتلعت لؤلؤة، أو اصطاد طائرًا كان قد ابتلع جوهرة أنه يملك الكل، ولو باع السمكة أو الطائر لا تزول اللؤلؤة والجوهرة عن ملكه، لورود العقد على السمكة والطير دون اللؤلؤة والجوهرة.

وأمَّا المعدن فالخارج منه في الأصل نوعان: مستجسد ومائع، والمستجسد منه نوعان أيضًا: نوع يذوب بالإذابة وينطبع بالحلية؛ كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس ونحو ذلك، ونوع لا يذوب بالإذابة، كالياقوت والبلور والعقيق والزمرد والفيروزج والكحل والمغرة والزرنيخ والجص والنورة ونحوها، والمائع نوع آخر كالنفط والقار ونحو ذلك، وكل ذلك لا يخلو إمَّا أن وجده في دار الإسلام، أو في دار الحرب في أرض مملوكة،

أو غير مملوكة، فإن وجد في دار الإسلام في أرض غير مملوكة، فالموجود مما يذوب بالإذابة، وينطبع بالحلية يجب فيه الخمس، سواء كان ذلك من الذهب، والفضة، أو غيرهما مما يذوب بالإذابة، وسواء كان قليلًا، أو كثيرًا فأربعة أخماسه للواجد كائنًا من كان، إلا الحربي المستأمن فإنه يسترد منه الكل، إلا إذا قاطعه الإمام، فإن له أن يفي بشرطه، وهذا قول أئمة المذهب الحنفي، وقال الشافعي: في معادن الذهب، والفضة ربع العشر كما في الزكاة، حتى شرط فيه النصاب فلم يوجب فيما دون المائتين، وشرط بعض أصحابه الحول أيضًا.

وأما غير الذهب، والفضة فلا خمس فيه، وأما عندنا فالواجب خمس الغنيمة في الكل لا يشترط في شيء منه شرائط الزكاة، ويجوز دفعه إلى الوالدين، والمولودين الفقراء كما في الغنائم، ويجوز للواجد أن يصرف إلى نفسه إذا كان محتاجًا ولا تغنيه الأربعة الأخماس.

احتج الشافعي بما روي أن رسول اللَّه ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية فكان يأخذ منها ربع العشر؛ ولأنها من نماء الأرض وريعها، فكان ينبغي أن يجب فيها العشر إلا أنه اكتفى بربع العشر؛ لكثرة المؤنة في استخراجها، ولنا ما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « وفي الرِّكاز الخمس »[1]، وهو اسم للمعدن حقيقة وإنما يطلق على الكنز مجازًا لدلائل، أحدها: أنه مأخوذ من الركز وهو الإثبات وما في المعدن هو المثبت في الأرض لا الكنز؛ لأنه وضع مجاورًا للأرض.

والثاني: أن رسول اللَّه ﷺ سئل عما يوجد من الكنز العادي، فقال فيه: « وفي الرِّكاز الخمس »[2] عطف الرِّكاز على الكنز، والشيء لا يعطف على نفسه هو الأصل، فدل أن المراد منه المعدن.

والثالث: ما روي أن النبي ﷺ لما قال: « في الرِّكاز الخمس »، قيل: وما الركاز يا رسول اللَّه؟ قال: « هو الذهب والفضة الذي خلقه اللَّه في الأرض يوم خلقت »[3]، فدل على أنه اسم للمعدن حقيقة، فقد أوجب النبي ﷺ الخمس في المعدن من غير فصل بين الذهب، والفضة وغيرهما فدل أن الواجب هو الخمس في الكل؛ ولأن المعادن كانت في أيدي الكفرة وقد زالت أيديهم ولم تثبت يد المسلمين على هذه المواضع؛ لأنهم لم يقصدوا الاستيلاء على الجبال، والمفاوز فبقي ما تحتها على حكم ملك الكفرة، وقد استولى عليه على طريق القهر بقوة نفسه، فيجب فيه الخمس ويكون أربعة أخماسه له كما في الكنز، ولا حجة له في

---

(١) صحيح البخاري: حديث رقم: ١٤٢٨، ٢/ ٥٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سنن البيهقي الكبرى حديث رقم: ٧٤٢٩، ٤/ ١٥٢.

حديث بلال بن الحارث؛ لأنه يحتمل أنه إنما لم يأخذ منه ما زاد على ربع العشر لما علم من حاجته، وذلك جائز عندنا على ما نذكره فيحمل عليه عملًا بالدليلين.

وأمَّا ما لا يذوب بالإذابة، فلا خمس فيه ويكون كله للواجد؛ لأن الزرنيخ، والجص، والنورة ونحوها من أجزاء الأرض فكان كالتراب، والياقوت، والفصوص من جنس الأحجار إلا أنها أحجار مضيئة ولا خمس في الحجر، وأما المائع؛ كالقير، والنفط فلا شيء فيه ويكون للواجد؛ لأنه ماء وأنه مما لا يقصد بالاستيلاء، فلم يكن في يد الكفار حتى يكون من الغنائم فلا يجب فيه الخمس، وأما الزئبق؛ ففيه الخمس في قول أبي حنيفة الآخر، وكان يقول أولًا: لا خمس فيه، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع، وقال: فيه الخمس فإن أبا يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الزئبق فقال: لا خمس فيه فلم أزل به حتى قال: فيه الخمس، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد، ثم بلغني بعد ذلك أنه ليس كذلك وهو بمنزلة القير، والنفط.

وجه قول أبي حنيفة الأول أنه شيء لا ينطبع بنفسه فأشبه الماء، وجه قوله الآخر - وهو قول محمد - إنه ينطبع مع غيره إن كان لا ينطبع بنفسه فأشبه الفضة؛ لأنها لا تنطبع بنفسها لكن لما كانت تنطبع مع شيء آخر يخالطها من نحاس، وجب فيها الخمس، كذا هذا إذا وجد المعدن في دار الإسلام في أرض غيز مملوكة، فأما إذا وجده في أرض مملوكة، أو دار، أو منزل، أو حانوت فلا خلاف في أن الأربعة الأخماس لصاحب الملك وحده، أو غيره؛ لأن المعدن من توابع الأرض؛ لأنه من أجزائها خلق فيها ومنها.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٨٨٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها: « الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية وما في باطن الأرض من معادن تنظمه التشريعات الخاصة »[٢].

● (مادة ١٤٩) : من وجد في أرض من الأراضي المباحة؛ كالجبال والمفاوز كنزًا مدفونًا

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨٨٥)، ص : ٣٥٧.

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٨٧٣) من مشروع القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يأتي: « الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة ».

وقد أضيف إلى النص الحالي الحق في المعادن التي توجد في باطن الأرض؛ حيث ترد الأحكام المتعلقة بهذه المعادن في تشريعات خاصة، شأنها في ذلك الحالات الأخرى المذكورة في النص؛ فتنظيم هذه الحالات جميعها يتطلب تفصيلات كثيرة ليس من المقبول إثقال التقنين المدني بها، فوق أن هذا التنظيم يرد عليه التعديل من وقت إلى آخر في ضوء الظروف المتغيرة، الأمر الذي يتنافى مع الاستقرار الواجب لأحكام التقنين المدني بقدر الإمكان.

والمادة المقترحة تطابق المادة (٨٧٩) من التقنين الكويتي، و المادة (١١٠٣) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (٨٧٣) من مشروع القانون المدني المصري.

وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية، فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة[١].

وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن وضع اليد على الكنوز الموجودة في الأراضي المباحة، كالجبال والمفاوز وذلك في إطار حديثه عن وضع اليد على الموجودات في باطن الأرض والتي بدأها في المادة السابقة.

قال الإمام الكاساني: « إن وجد - أي الكنز - في دار الإسلام في أرض غير مملوكة، كالجبال والمفاوز وغيرها، فإن كان به علامة الجاهلية ففيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد بلا خلاف، وإن كان به علامة الإسلام، فهو بمنزلة اللقطة يصنع به ما يصنع باللقطة؛ لأنه إذا كان به علامة الإسلام كان مال المسلمين، ومال المسلمين لا يغنم، إلا أنه مال لا يعرف مالكه فيكون بمنزلة اللقطة ».

هذا إذا كان الرِّكاز خِلْقيًّا، فإن كان مدفونًا، فإما أن يكون عليه نقش الجاهلية أو الإسلام، فإن كان الأول؛ فحكمه حكم المعدن في جميع ما تقدم، وإن كان عليه نفش الإسلام، فهو لمالك الأرض التي وجدِ بها إن ادعاه، وإن لم يدعه، أو وجد في أرض غير مملوكة لأحد فهو لقطة يجب تعريفها بالمناداة عليها في الجهات التي يظن وجود مالكها فيها، فإن حصل يأسٌ من وجود المالك جاز للواجد أن يتصدق بها على الفقراء والمساكين بطريق النيابة عن المالك، وإن كان فقيرًا معدمًا جاز له أن يتصدق بها على نفسه مبتهلًا إلى اللَّه تعالى بالدعاء والاستغفار لمالكها، وأما ما لا ينطبع بالنار فلا خمس فيه، وقال الشافعي: « يجب الخمس فيه كالأحجار النفيسة؛ مثل: الزمرد والماس ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٨٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها: « الكنز المدفون أو المخبوء لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته، وإذا كان هذا الشيء موقوفًا، كان الباقي للواقف أو لورثته »[٤].

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٨٨٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ٢/ ٩٢.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية مادة (٨٨٤)، ص : ٣٥٦، ٣٥٧.

(٤) هذه المادة تقابل المادة (٨٧٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١ - « الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز=

(مادة ١٥٠) : الصيد مباح برًّا وبحرًا[١]، ويجوز اتخاذه حرفة[٢].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن وضع اليد على الحيوان بصيده و إحرازه، وذلك بعد حديثه عن وضع اليد على الموجود في باطن الأرض.

والصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة، إما لطيرانه أو لعَدْوه، وهذا إنما يكون حالة الاصطياد لا بعد الأخذ؛ لأنه صار لحمًا بعده ولم يبق صيدًا حقيقة؛ لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع، والدليل عليه أنه عطف عليه قوله عز شأنه: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة: ٩٦]، والمراد منه الاصطياد من المحرم لا أكل الصيد؛ لأن ذلك مباح للمحرم إذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بأمره؛ فثبت أنه لا دليل في الآية على إباحة الأكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد في البحر وبين الاصطياد في البر للمحرم، والمراد من قول النبي – عليه الصلاة والسلام –: « **والحل ميتته** »، السمك خاصة، بدليل قوله ﷺ: « **أحلت لنا ميتتان ودمان، الميتتان: السمك والجراد، والدمان: الكبد والطحال** »، فسر – عليه الصلاة والسلام – بالسمك والجراد، فدل أن المراد منها السمك، ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية وروينا من الخبر.

=أو لمالك رقبته.

٢– والكنز الذي يعثر عليه في عين مدفونة يكون ملكًا خاصًّا للمُواقف ولورثته ».

وتتفق كذلك مع المادة (٨٧٧) من التقنين الكويتي، و المادة (١١٠١) من التقنين العراقي، و المادة (١٠٧٨) من التقنين الأردني.

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز: الأول: هو الكنز الجاهلي، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام، والنوع الثاني: هو الكنز الإسلامي، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأراضي بعد ظهور الإسلام.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « من الأشياء المباحة التي تملك بوضع اليد عليها السمك في البحر، والطير البري الذي لا مالك له، فيجوز للإنسان أن يصطاد السمك والطير ويتخذ ذلك حرفة بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر ولا إرهاب للعامة، وقد ثبت ذلك بقوله تعالى: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة: ٩٦] فحرمة صيد البر مقيدة بمدة الإحرام بمفهوم هذه الآية، ومنطوق قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا ﴾ [المائدة: ٢]، وبقوله عليه الصلاة والسلام: « الصيد لمن أخذه »، وقوله ﷺ لعدي بن حاتم: « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم اللّه تعالى، فإن أمسك عليك فأدركته حيًّا فاذبحه، وإن وجدته قد قتل ولم يأكل منه فكله، فإن أخذ الكلب ذكاة ».

وللصيد شروط وأحكام متى روعيت كان جائزًا شرعًا، ويسوغ اتخاذه حرفة كسائر أنواع الكسب الجائز شرعًا وهو ممدوح؛ لأنه يدرب على حسن الرماية، ويكسب صاحبه النشاط وقوة البصر والشجاعة وغير ذلك مما رغبت فيه الشريعة السمحاء ».

(٢) جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام مادة (١٢٩١): « الصيد هو: الانتفاع بالشيء المخلوق لانتفاع بني الإنسان، وهو نوع من الاكتساب، فهو مباح كالاحتطاب ».

والصيد في الأصل نوعان: بري وبحري، فالبحري هو الذي توالده في البحر، سواء كان لا يعيش إلا في البحر، أو يعيش في البحر والبر، والبري: ما يكون توالده في البر، سواء كان لا يعيش إلا في البر أو يعيش في البر والبحر، فالعبرة للتوالد، أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعًا، مأكولًا كان أو غير مأكول؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦]، والمراد منه اصطياد ما في البحر؛ لأن الصيد مصدر يقال: صاد يصيد صيدًا، واستعماله في المصيد مجاز، والكلام بحقيقته إباحة اصطياد ما في البحر عامًّا، وأما صيد البر؛ فنوعان: مأكول، وغير مأكول، أما المأكول: فلا يحل للمحرم اصطياده نحو: الظبي، والأرنب، وحمار الوحش، وبقر الوحش، والطيور التي يؤكل لحومها برية كانت أو بحرية؛ لأن الطيور كلها برية؛ لأن توالدها في البر إنما يدخل بعضها في البحر لطلب الرزق، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾، وقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] ظاهر الآيتين: يقتضي تحريم صيد البر للمحرم عامًّا، أو مطلقًا إلا ما خص أو قيد بدليل.

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، والمراد منه: الابتلاء بالنهي بقوله تعالى في سياق الآية: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المائدة: ٩٤]؛ أي: اعتدى بالاصطياد بعد تحريمه، والمراد منه صيد البر؛ لأن صيد البحر مباح بقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، وكذا لا يحل له الدلالة عليه، والإشارة إليه بقوله ﷺ: « **الدال على الخير كفاعله، والدال على الشر كفاعله** »؛ ولأن الدلالة والإشارة سبب إلى القتل، وتحريم الشيء تحريم لأسبابه، وكذا لا يحل له الإعانة على قتله؛ لأن الإعانة فوق الدلالة والإشارة، وتحريم الأدنى تحريم الأعلى من طريق الأولى، كالتأفيف مع الضرب والشتم.

وأما غير المأكول فنوعان: نوع يكون مؤذيًا طبعًا مبتدئًا بالأذى غالبًا، ونوع لا يبتدئ بالأذى غالبًا، أما الذي يبتدئ بالأذى غالبًا، فللمحرم أن يقتله ولا شيء عليه، وذلك نحو: الأسد، والذئب، والنمر، والفهد؛ لأن دفع الأذى من غير سبب موجب للأذى واجب فضلًا عن الإباحة؛ .ولهذا أباح رسول الله ﷺ قتل الخمس الفواسق للمحرم في الحل والحرم بقوله ﷺ: « **خمس من الفواسق يقتلهن المحل و المحرم في الحل والحرم: الحية، والعقرب، والفأرة والكلب العقور، والغراب** » وروي: « **والحدأة** »، وروي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: « **خمس يقتلهن المحل والمحرم في الحل والحرم: الحدأة، والغراب، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور** ».

وروي عن عائشة - رضي اللَّه عنها - قالت: « أمر رسول اللَّه ﷺ بقتل خمس فواسق في الحل والحرم: الحدأة، والفأرة، والغراب، والعقرب، والكلب العقور »، وعلة الإباحة فيها هي الابتداء بالأذى والعدو على الناس غالبًا، فإن من عادة الحدأة أن تغير على اللحم والكرش، والعقرب تقصد من تلدغه وتتبع حسه وكذا الحية، والغراب يقع على دبر البعير وصاحبه قريب منه، والفأرة تسرق أموال الناس، والكلب العقور من شأنه العدو على الناس وعقرهم ابتداءً من حيث الغالب، ولا يكاد يهرب من بني آدم، وهذا المعنى موجود في الأسد، والذئب والفهد، والنمر، فكان ورود النص في تلك الأشياء ورودًا في هذه دلالة، قال أبو يوسف: « الغراب المذكور في الحديث هو الغراب الذي يأكل الجيف، أو يخلط مع الجيف؛ إذ هذا النوع هو الذي يبتدئ بالأذى »، والعقعق ليس في معناه؛ لأنه لا يأكل الجيف ولا يبتدئ بالأذى.

وأمّا الذي لا يبتدئ بالأذى غالبًا كالضبع، والثعلب وغيرهما فله أن يقتله إن عدا عليه ولا شيء عليه إذا قتله، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: « يلزمه الجزاء »، وجه قوله: أن المحرم للقتل قائم وهو الإحرام فلو سقطت الحرمة إنما تسقط بفعله، وفعل العجماء جبار فبقي محرم القتل كما كان، كالجمل الصئول إذا قتله إنسان أنه يضمن لما قلنا كذا هذا، ولنا أنه لما عدا عليه وابتدأه بالأذى التحق بالمؤذيات طبعًا فسقطت عصمته، وقد روي عن عمر ﷺ أنه ابتدأ قتل ضبع فأدى جزاءها، وقال: « إنا ابتدأناها » فتعليله بابتدائه قتله إشارة إلى أنها لو ابتدأت لا يلزمه الجزاء، وقوله: « الإحرام قائم » مسلم لكن أثره في أن لا يتعرض للصيد لا في وجوب تحمل الأذى، بل يجب عليه دفع الأذى؛ لأنه من صيانة نفسه عن الهلاك وأنه واجب، فسقطت عصمته في حال الأذى، فلم يجب الجزاء بخلاف الجمل الصائل؛ لأن عصمته ثبتت حقًّا لمالكه ولم يوجد منه ما يسقط العصمة فيضمن القاتل، وإن لم يعد عليه لا يباح له أن يبتدئه بالقتل، وإن قتله ابتداءً فعليه الجزاء عندنا، وعند الشافعي: « يباح له قتله ابتداءً ولا جزاء عليه إذا قتله ».

وجه قوله: أن النبي ﷺ أباح للمحرم قتل خمس من الدواب، وهي لا يؤكل لحمها والضبع والثعلب ما لا يؤكل لحمه، فكان ورود النص هناك ورودًا هاهنا، ولنا قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞ ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقوله: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيۡكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَرِّ مَا دُمۡتُمۡ حُرُمٗا ﴾ [المائدة: ٩٦]، وقوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ ﴾ [المائدة: ٩٤] عامًّا أو مطلقًا من غير فصل بين المأكول وغيره، واسم الصيد يقع على المأكول وغير المأكول؛ لوجود حد الصيد فيهما جميعًا، والدليل عليه قول الشاعر:

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال

(وأمّا) الذي يعيش في البر فأنواع ثلاثة: ما ليس له دم أصلًا، وما ليس له دم سائل، وما له دم سائل، مثل: الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعضابة والخنفساء والبغاثة والعقرب، ونحوها لا يحل أكله إلا الجراد خاصة؛ لأنها من الخبائث لاستبعاد الطباع السليمة إياها، وقد قال اللّٰه تبارك وتعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] إلا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام: « أحلت لنا ميتتان »، فبقي على ظاهر العموم.

وكذلك ما ليس له دم سائل، مثل: الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الأرض من الفأر والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها، ولا خلاف في حرمة هذه الأشياء إلا في الضب؛ فإنه حلال عند الشافعي، واحتج بما روى ابن عباس - رضي اللّٰه عنهما - أنه قال: أكلت على مائدة رسول اللّٰه ﷺ لحم ضبٍّ، وعن عبد اللّٰه بن عمر - رضي اللّٰه تعالى عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال: « إنه لم يكن بأرض قومي فأجد نفسي تعافه، فلا آكله ولا أحرمه »، وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية وإشارة إلى الكراهة الطبيعية.

ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ والضب من الخبائث، وروي عن سيدتنا عائشة - رضي اللّٰه عنها -: « أن النبي ﷺ أهدي إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله، فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة - رضي اللّٰه عنها - أن تطعمها إياه فقال لها رسول اللّٰه ﷺ: « أتطعمين ما لا تأكلين؟ »، ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أن نفسه الشريفة عافته؛ لأنه لو كان كذلك لما منع من التصدق به، كشاة الأنصار إنه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها.

وما له دم سائل نوعان: مستأنس ومستوحش؛ أما المستأنس من البهائم فنحو الإبل والبقر والغنم، فهذه تحل بالإجماع، وبقوله تبارك وتعالى: ﴿ وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا ۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ [النحل: ٥]، وقوله ﷻ: ﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَنْعَٰمَ لِتَرْكَبُوا۟ مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ [غافر: ٧٩]، واسم الأنعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة، ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء - رحمهم اللّٰه تعالى - وحكي عن بشر المريسي - رحمه اللّٰه - أنه قال: لا بأس بأكل الحمار، واحتج بظاهر قوله ﷻ: ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، ولم يذكر الحمير الإنسية.

والصيد مباح لغير المحرم في غير الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ ﴾ [المائدة: ٢] وقوله ﷻ: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة: ٩٦]؛ ولقوله ﷺ لعدي بن حاتم

الطائي ﷺ: « **إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللَّه عليه فكل، وإن أكل منه فلا تأكل؛ لأنه إنما أمسك على نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل؛ فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسم على كلب غيرك** »، وعلى إباحته انعقد الإجماع؛ ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحًا بمنزلة الاحتطاب.

•••

باب: في وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان

❁ (مادة ١٥١) : من كان واضعًا يده على عقار أو غيره ومتصرفًا فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض مدة خمس عشرة سنة[١]، فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الإرث من أحد ليس بذي عذر شرعي[٢] إن كان منكرًا[٣].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن عدم سماع دعوى الملك بعد خمس عشرة سنة على واضع اليد المتصرف تصرف الملاك، وذلك في بداية حديثه في الفصل الذي خصصه لبيان حكم سماع الدعوى بمرور الزمان.

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٩٤٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) الأصل في هذا المبحث: أن الولاية تتخصص بالزمان والمكان والخصومة وتقبل التقييد والتعليق بالشرط؛ كقول الإمام لمن يريد توليته: إذا وصلت إلى بلد كذا فأنت قاضيه، وتقبل الإضافة إلى زمن معلوم كقوله: جعلتك قاضيًا على جهة كذا من أول سنة سبع وعشرين وثلثمائة بعد الألف؛ لأن السلطة مستمدة منه فلا يتجاوز المستمد قدر ما أمده به ولي الأمر، واستدل على أن الولاية تقبل التعليق بقوله - عليه الصلاة والسلام - حين بعث البعثة إلى مؤتة (قريبة إلى حدود الشام من جهة بلاد العرب في الأردن الآن)، وأمَّر عليهم زيد بن حارثة: « إن قُتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحة »، وقد ورد نهي سلطاني أيام الدولة العثمانية للقضاة بعدم سماع الدعوى في غير الإرث، والوقف بعد مضي خمس عشرة سنة، والمدعى عليه واضع يده على ما يدعيه المدعي وهو حاضر ولم يكن عنده عذر شرعي يمنعه من الخصومة؛ لأن تركه تلك المدة أمارة على كونه غير محق، وأن الشيء المتنازع فيه ملك لواضع اليد؛ إذ العرف والعادة يقتضيان أن الشخص لا يسكت عن ملكه هذا الزمن الطويل.

ولكن مضي المدة لا يكسب واضع اليد الملك فيما وضع يده عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم »؛ ولذلك لو أقر به للمدعي عليه تسمع الدعوى، ولو تمسك بالمدة الطويلة ولا يلتفت إليه، وينبغي لولي الأمر أن ينظر في مثل هذه القضايا بنفسه أو يعين من يختاره للفصل فيها كي لا تضيع الحقوق، نعم لو كان بعض المدعين مشهورًا بالحيل والتزوير لا يلتفت إلى قضيته أصلًا؛ لأن شهرته بالتزوير تدل على أنه مبطل في دعواه، وإنما الواجب عليه النظر في قضايا من لم يشتهروا بالتزوير والاحتيال لأخذ حقوق الناس بالباطل، وينبني على ذلك أنه إذا كان شخص واضعًا يده على عين من الأعيان عقارًا كانت أو منقولًا، والحال أنه يتصرف فيها تصرف الملاك بدون منازع ولا معارض مدة خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الإرث والوقف من أحد ليس عنده عذر شرعي من مرض أو جنون أو صغر كما سيبين قريبًا، ومحل ذلك ما إذا أنكر المدعى عليه، فإن أقر للمدعي وجب على القاضي سماعها؛ ولذلك ينبغي للقاضي أن لا يرفض القضية من أول الأمر؛ بل ينبغي له أن يوجه إلى المدعى عليه بعض أسئلة لجواز أن يقرّ، وإذ ذاك يبتدئ في سماعها ليفصل فيها.

(٣) لا تسمع دعوى الملك في العقار إذا تركت حتى مر عليها ثلاث وثلاثون سنة في دعوى الوقف، ودعوى الملك بسبب الإرث وخمسة عشرة سنة في دعوى الملك بسبب غير الإرث ومن دعوى الاستحقاق في الوقف. المعاملات الشرعية المالية : ص : ٧٠.

قال في جامع الفتاوى: وقال المتأخرون من أهل الفتوى لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعي غائبًا أو صبيًّا أو مجنونًا وليس لهما ولي، أو المدعى عليه أميرًا جائرًا يخاف منه، كذا في الفتاوى العتابية.

وفي البحر عن المبسوط: ترك الدعوى ثلاثًا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرًا.

وفي الخلاصة: رجل تصرف في أرض زمانًا ورجل آخر يرى تصرفه فيها ثم مات المتصرف ولم يدع الرجل حال حياته لا تسمع دعواه بعد وفاته، وذكر في الفتاوى المعروفة من له دعوى في دار رجل فلم يخاصم ثلاث سنين، وهو في المصر بطل حقه إلا أن هذا مهجور فلا ينفذ فيه قضاء قاض، فإن رفع إلى قاض آخر فإن الثاني يبطل قضاء الأول ويجعل المدعي على حقه، وكذا المرأة إذا لم تخاصم سنين ولم تطلب المهر المفروض.

لكن في حاوي الزاهدي من الدعوى أن الرواية في عدم سماعها منه بعد تركها ثلاث سنين في الأراضي الموقوفة والمسبلة وما يحتاج في بقائه إلى الإنفاق والمرمة، لكن أفتى المتأخرون بذلك فيما بعد ثلاثين سنة في كلها؛ لكونها أوسط الروايات الثلاث، وخير الأمور أوسطها ولكونها كلها مستوية في ملك اللَّه تعالى.

وقد أفتى شيخ الإسلام عبد اللَّه أفندي المفتي العام بالممالك العثمانية، على سؤال رفع إليه بما صورته: عقار في يد زيد يتصرف فيه بطريق الملك بالشراء الشرعي من مدة تزيد على ثلاثين سنة، وبعد موته تصرف فيه ورثته بطريق الإرث، والآن قام متولي وقف يريد أن يدعي عليهم بأن ذلك العقار من مستغلات الوقف، وأتى ببينة تشهد بدعواه، فهل للقاضي أن ينزع العقار للوقف من يد الورثة بتلك الشهادة؟ أجاب ليس له ذلك، وفي هذه الصورة إذا سمع القاضي تلك الشهادة وحكم بنزع العقار للوقف من يد الورثة، وكتب بذلك حجة فهل ينفذ حكمه وتعتبر حجته أم لا؟ وما يلزم ذلك القاضي؟ أجاب: لا ينفذ حكمه، ولا تعتبر حجته ويعزل، ولا سيما بعد اطلاعه على تصرف زيد المذكور المدة المذكورة، قال في فتاوى الولوالجي: رجل تصرف زمانًا في أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف، ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف؛ لأن الحال شاهد.

والحاصل من هذه النقول أن الدعوى بعد مضي ثلاثين سنة أو بعد ثلاثة وثلاثين لا تسمع إذا كان الترك بلا عذر من الأعذار؛ لأن تركها هذه المدة مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرًا، وإذا كان المدعي ناظرًا أو مطلعًا على تصرف المدعَى عليه إلى أن مات المدعى عليه

لا تسمع الدعوى على ورثته، وكذا لو مات المدعي لا تسمع دعوى ورثته، ولو باع عقارًا أو حيوانًا أو ثوبًا وابنه أو امرأته أو غيرهما من أقاربه حاضر يعلم به، ثم ادعى الابن مثلًا أنه ملكه لا تسمع دعواه، كذا أطلقه في الكنز والملتقى، وجعل سكوته، كالإفصاح قطعًا للتزوير والحيل بخلاف الأجنبي، فإن سكوته ولو جارًا لا يكون رضًا إلا إذا سكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعًا وبناء، فحينئذ لا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعًا للأطماع الفاسدة.

وأمَّا دعوى الأجنبي ولو جارًا فلا يمنعها مجرد السكوت عند البيع، بل لا بد من الاطلاع على تصرف المشتري، ولم يقيدوه بمدة ولا بموت كما ترى؛ لأن ما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث لقيامه مقامه.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٤٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[(١)]، ونصها: « من حاز حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني، أو حاز حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر على منقول، مدة خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي »[(٢)].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية مادة (٩٤٩)، ص : ٣٨٦.

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٩٩٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « من حاز منقولًا أو عقارًا دون أن يكون مالكًا له، أو حاز حقًّا عينيًّا على منقول أو عقارًا دون أن يكون هذا الحق خاصًّا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ».

ويقابل مبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الإسلامي مبدأ كسب الحق بالتقادم الذي يأخذ به مشروع القانون المدني المصري.

ويراعى في النظر إلى مادة المشروع ما يأتي:

أولًا: أن الحق العيني العقاري المحاز يجب ألا يكون مقيدًا في السجل العيني؛ فحين يصبح نظام هذا السجْل نافذًا، لا يبقى مجال لكسب هذا الحق من طريق عدم سماع الدعوى به على من يحوزه المدة المقررة، ذلك أن مجرد القيد في السجل له حجية مطلقة في حق الجميع، فلو أن هناك عقد بيع عقار قيد في السجل العيني فانتقلت الملكية إلى المشتري بهذا القيد، فإن المشتري يبقى مالكًا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعًا يده عليه المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، ولا يتملك الحائز العقار بالتقادم، وقد نصت المادة (٣٧) من قانون السجل العيني في هذا المعنى على أنه يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل؛ إذ بمقتضاه يحظر التملك بالتقادم في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل، وعند التصرف في الحق العقاري، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م : ٤٨) من قانون السجل العيني.

ثانيًا: أن الحائز في هذا الصدد هو الذي يحوز الحق حيازة شرعية؛ وهي حيازة يتوفر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي=

(مادة ١٥٢) : من كان واضعًا يده على عقار متصرفًا فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة.

=وتكون بريئة من العيوب.

ثالثًا: أن الحيازة يجب أن تستمر مدة خمس عشرة سنة دون انقطاع.

رابعًا: أن الحائز يجب أن يدعي ملكية الشيء المحاز أو أنه صاحب حق عيني عليه، فلا يجديه أن يستند إلى مجرد الحوز طوال المدة المقررة، وذلك على خلاف الحكم في التقنين الحالي، وفي هذا يقول الدسوقي، وهو من فقهاء المالكية: « ويبقى شرط خامس: هو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه »، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤/ ٢٣٥)، وذلك انطلاقًا من قاعدة أساسية في الشريعة الإسلامية جاءت في الحديث الشريف الذي يقول: « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم »، وعليه إذا أقر الحائز بحق المدعي، فإن الدعوى تسمع.

خامسًا: أن الحائز لا تطلب منه البينة على ما يدعيه، كما أن المدعى عليه لا تقبل منه البينة على ما يدعيه.

يقول التسولي: « الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكًا، وبأي سبب صار له »، (كتاب البهجة في شرح التحفة : ٢/ ٢٣٩).

ويقول: «وهو معنى قولهم: حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عامله؛ أي أنها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكه، ومحل قطعها لذلك إذا لم يعلم أصل مدخله، أما إذا علم، ككونه دخل بكراء من القائم أو إسكان أو مساقاة ونحو ذلك؛ فإنها لا تقطعها ولو طالت »، (المرجع السابق: ص : ٢٣٨)، ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية تنتج أثرها لمصلحة الحائز؛ أي تقطع حجة القائم، وهو المدعي ملكية المال المحاز مع علم أصل ملكه؛ أي معرفة أصل ملك المدعى للمال المحاز عليه، فبالرغم من إثبات المدعي لملكيته للمال المحاز عليه، فإن الحائز يستحق ملكية هذا المال دونه، كما يفهم منه أنه مع العلم بأصل الملك للمدعي، فإنه يجب عدم العلم بأصل مدخل الحائز في الحيازة، وهذا يعني ألا تكون الحيازة عرضية؛ إذ لو علم أن دخول الحائز كان بسبب إجارة أو ما أشبه فالحيازة عرضية، ومن ثم لا تنتج أثرها لمصلحة الحائز.

ويقول خليل: « وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تسمع دعواه ولا بينته »، (مختصر العلامة خليل، ابن إسحاق المالكي: ص : ٢٧٢)، ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية، وهي التي استوفت شروطها، تجعل دعوى مدعي ملكية المال المحاز غير مقبولة ولا تقبل بينته؛ أي لا يقبل منه إثبات ملكيته لهذا المال؛ لأن العبارة الشرعية تعتبر بينة أقوى من بينة مدعي الملكية؛ وإنما تقبل بينة المدعي إذا كانت خاصة بإثبات أن الحيازة عرضية بإيجار ونحوه؛ إذ في هذه الحالة لا تكون الحيازة حيازة حقيقية فلا تنتج أثرها لصالح الحائز.

سادسًا: أن يترك المدعي الدعوى طوال المدة المقررة؛ لعدم سماعها بغير عذر شرعي يحول بينه وبين أن يرفعها؛ إذ إن وجود عذر من شأنه أن يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى لصالح المدعي، فتسمع دعواه، ويقضى له إذا نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه.

يقول خليل: « ثم ادعى حاضر، ساكت بلا عذر مانع »، (المرجع السابق).

ويقول المواق: « وقال ابن الحاجب: الحيازة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت، ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا شبهة، فغير مسموعة »، (على هامش شرح الحطاب : ٦/ ٢٢١).

ويقول الحطاب: « إلا أن تكون اليد كلا يد؛ مثل أن يكون غاصبًا أو ذا سلطان »، (شرح الحطاب : ٦/ ١١١)، ويقول أيضًا: «وقوله ساكت؛ يعني أنه يشترط أيضًا في الحيازة أن يكون المدعي ساكتًا في مدة الحيازة، واحترز بذلك عما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة، فإن حقه لا يبطل، وقوله: بلا مانع يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام، فإن وجد المانع فإن حقه لا يبطل »، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر أو الخوف؛ أي: خوف المدعي من الذي في يده العقار؛ لكونه ذا سلطان أو مستندًا لدى سلطان، فإن سكوته لذلك لا يبطل حقه، قال الجزولي: وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين، وخاف إن نازعه أن يطلبه، ولا يجد من أين يعطيه، =

ثلاث وثلاثين سنة، فلا تسمع عليه بعدها دعوى الإرث ولا دعوى أصل الوقف إلَّا لعذر شرعي.

= ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرًا أو سفيهًا، فإن سكوته لا يقطع دعواه، ابن فرحون في تبصرته : ص : ٢٢٢.

ويقول ابن فرحون: « ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز، ولا بينه وبينه قرابه، ولا مصاهرة، ولا مصادقة، ولا شركة، (على هامش فتح العلي المالك، لعليش : ٢/ ٩٥).

وقال في الحيازة على الغائب: « إلا أن يكون له عذر، مثل أن يكون في يد عدو، أو من وراء بحر، أو يكون ضعيفًا، أو مختلًا، أو امرأه محجوبة، وما أشبه ذلك من العذر فيكون على حقه أبدًا... وإن لم يكن ضعيفًا في بدنه، ولا مختلًّا في عقله، وأراه على حقه أبدًا، ما زال غائبًا؛ لأنه قد يكوْن للغائب معاذير لا تعرف »، (تبصرة الحكام، على هامش فتح العلي المالك، لعليش : ٢/ ٧٧).

ويقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: « وكذا قوله: أو قام به مانع . . (قوله ونحوه): من ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه أن يجيء ويرجع إليه؛ ولذا قال ابن عمر: الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام، وأما في البادية ونحوها فلا حيازة، ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز، أو من سطوة من استند إليه الحائز؛ ولذا فإنه لا حيازة لذوي الشوكات والتغلب »، (حاشية الدسوقي : ٤/ ٢٠٧).

سابعًا: أنه إذا توفرت الشروط السالفة الذكر، فإن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز؛ إذ إن الحيازة حينئذ تعتبر دليلًا على الملك أو غيره من الحقوق العينية.

والفقهاء الذين تقدم ذكرهم في هذا المقام هم جميعًا من فقهاء المذهب المالكي. (انظر : محمد عبد الجواد، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، فقرة : ٣٧، ٧٧، ١٣٨، ١٤٨، ١٥٠).

وقد نصت المادة (٥١٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « من حاز عقارًا أو منقولًا مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك، فإنه يستحقه بهذه الحيازة ولا تسمع فيها دعوى من ينازعه في ملكيته له ولا بينته »، وجاء في إيضاح هذا المادة ما يأتي: « ومعنى أن الحيازة لا تسمع معها دعوى المنازع في الملكية أنه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، وهذا لا ينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح لاحتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشيء المحاز مثلًا، وإنما لم تسمع دعوى المنازع للحائز مع الحيازة التي يقضي العرف بأنها حيازة ملك؛ لأن العرف يكذبه في دعوى ملكيته للشيء المحاز؛ لجريان العادة بأن مالك الشيء لا يسكت على حيازة الغير له وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه هذه المدة. (الشرح الصغير وحاشيته : ٣/ ٤١٤ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشيته : ٤/ ٢٠٦ وما بعدها).

ونصت المادة (٥٢٠) من مشروع تقنين المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية على ما يأتي: « يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بينته ما يأتي:

(١) أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف، إن كان أجنبيًا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز، أو بنوع يخرجه من يده أو بغير ذاته إن كان أجنبيًّا شريكًا أو كان قريبًا معلقًا.

(٢) أن يدعي حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز ولو لم يبين سبب الملكية.

(٣) أن يكون المنازع للحائز حاضرًا ببلد الشيء المحاز، وعلم بالحيازة وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة »، وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: « تصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف كتصرفه فيه ببيع أو هبه، أو كثير بناء أو هدم، أو كثير غرس شجر أو قطعه، أو استغلاله بإجارة أو مساقاة، أو انتفاعه به بزرع أو سكنى، وتصرفه فيه بنوع يخرجه من يده أو يغير ذاته، كتصرفه فيه ببيع أو هبة، أو بكثير بناء أو هدم، أو كثير غرس شجر أو قطعه، ومعنى الإطلاق في قريب المنازع: هو كونه شريكًا له أو غير شريك، والمراد بحضور المنازع ببلد الشيء المحاز: هو حضوره به حقيقة أو حضوره به حكمًا، بأن يكون قريبًا منه، بحيث لا يخفى عليه حال الشيء المحاز، والمراد بالعذر: هو المانع الذي يحمله على عدم المطالبة بحقه؛ كإكراهه على السكوت أو صغره أو سفهه أو جهله بملكيته الشيء المحاز، أما جهله بأن =

النهي السلطاني عن سماع الدعوى بعد هذه المدة خاص بغير الإرث والوقف، فلا يسري حكم النهي إليهما؛ بل تسمع فيهما الدعوى ولو بعد مضي خمس عشرة سنة، ولكن نص الفقهاء على أن الخصم لو ترك الخصومة مدة ثلاث وثلاثين سنة في الإرث والوقف، وهو يشاهد واضع اليد يتصرف في العين التي تحت يده تصرف الملاك بدون منازع ولا معارض، ولم يكن له عذر شرعي يمنعه من الخصومة، فلا تسمع دعواه بعد ذلك؛ لأن ترك الخصومة هذا الزمن الطويل يدل على أنه غير مالك لما يدعيه، وهذا الحكم ليس مبنيًّا على نهي سلطاني فحسب؛ بل على اجتهاد الفقهاء كذلك؛ ولذا لا تسمع الدعوى بعدها ولو أمر ولي الأمر بسماعها، وصرح بعضهم بأن المدة في الإرث والوقف ثلاثون سنة، وصرح آخرون: بأنها ست وثلاثون سنة، وقال بعضهم: المستثنى من النهي السلطاني إنما هو الوقف ومال اليتيم والغائب دون الإرث، والمشهور الأول[1].

***

(مادة ١٥٣) : لواضع اليد على العقار أن يضم إلى مدة وضع يده مدة وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو إرث أو غير ذلك؛ فإن جمعت المدتان، وبلغت المدة المحدودة؛ لمنع سماع الدعوى، فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك المطلق ولا دعوى الإرث ولا الوقف[2].

ليست المدة المانعة من سماع الدعوى قاصرة على الزمن الذي وضع يده المدعى عليه فيه، بل لواضع اليد المدعى عليه أن يضم إلى مدة وضع يده مدة وضع يد من تلقى الملك

= الحيازة تقطع حق المنازع وتقطع بينته فلا يعذر به، ويعلم من هذا النص: أولًا: أن تصرف الأجنبي الذي ليس شريكًا يكفي فيه أن يكون بأي نوع من أنواع التصرف، بخلاف تصرف الأجنبي الشريك أو القريب مطلقًا، فإنه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج الشيء المحاز من يده أو بغير ذاته، وثانيًا: أن مجرد الحيازة بدون دعوى الملكية لا يكفي في استحقاق الحائز للشيء المحاز؛ لأن الحيازة لا تنشئ ملكًا وإنما تدل على الملك المدعى، وثالثًا: أنه إذا تخلف شرط من شروط الحيازة، فإنها لا تعتبر وتسمع معها دعوى المنازع وبينته، وما جرينا عليه في الفقرة الثانية هو القول المعتمد؛ للاستغناء عن بيانه بدلالة الحيازة عليها، وقيل: لا بد من بيان سببها ». (الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٤١٤، الشرح الكبير وحاشيته : ٤/ ٢٠٦، شرح المجموع : ٢/ ٢٧٨).

ويتفق هذا مع المادة (١١٥٨/ ١) من التقنين العراقي، و المادة (١١٨١) من التقنين الأردني، و المادة (٩٣٥) من التقنين الكويتي.

(١) المعاملات الشرعية المالية : ص : ٧٠.

(٢) لو تعاقب على وضع اليد اثنان فأكثر ضمت مدة واضع اليد الأخير إلى مدة من كان واضعًا يده قبله؛ سواء انتقل الملك من الأول إلى الثاني بطريق الإرث أم بطريق الشراء أم بغير ذلك، ويعتبر مجموع المدتين أو المدد مدة واحدة. المعاملات المالية المعاصرة : ص : ٧٠.

عنه مطلقًا، سواء كان ذلك التلقي بطريق الشراء أو الهبة أو الوصية أو الإرث أو غير ذلك، كالأخذ بالشفعة، فإذا ضمت المدتان إلى بعضهما وصار المجموع مساويًا للمدة المانعة من سماع الدعوى، فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك المطلق، ولا دعوى الإرث والوقف؛ لأن علة منع سماعها الترك وقد حصل في مجموع المدتين.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٢٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها: « تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيئ النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته »[٢].

كما أنها تتفق أيضًا مع ما ورد في المادة (٩٣٣) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣].

والتي تنص على أنه: « يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر »[٤].

***

(مادة ١٥٤) : الاستيام[٥] والاستيداع والاستئجار والاستعارة والاستيهاب تعتبر إقرارًا بعدم الملك لمباشر[٦] ذلك، فلا تسمع دعواه لنفسه على واضع اليد، ولو لم يمض على وضع

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٢٩) : ص : ٣٧٩.

(٢) هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة (٩٥٥) من القانون المدني المصري، والمادة (٩١٧) من التقنين الكويتي، (١١٤٩/ ١) من التقنين العراقي، و المادة (١١٧٣/ ٢) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي، في المذهب المالكي، يقول الفقهاء بإضافة مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث؛ حيث ينقل الحطاب عن ابن رشد قائلًا: « وقال ابن رشد: وأما المدة فينبغي أن يستوي فيه الوارث والمورث؛ لعموم قول النبي ﷺ: « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له »، وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث؛ مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام، وكان مورثه قد حاز خمسة أعوام، فيكون ذلك حيازة عن الحاضر ». (شرح الحطاب : ٦/ ٢٢٤)، ويقول الخرشي: « ثم أن مدة العشر سنين تلفق من حيازة الوارث والمورث، وكذا مورث مورثه ». (شرح الخرشي : ٧/ ٢٨٦)، ويقول عليش: وتلفق مدة العشر من حيازة الوارث ومورثه، مثل أن يكون المورث قد حاز خمس سنين والوارث كذلك، قاله في مختصر المتيطية، ويجري ذلك عن المدة الطويلة الزائدة هذه، والقصيرة عنها، كما في قوله: ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان... إلخ، وكذا السنة. (فتح العلي المالك : ٦/ ١١٦).

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٣٣): ص : ٣٨٠.

(٤) هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (٩٥٥) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (٩٢١) من التقنين الكويتي، والمادة (١١٤٩/ ٢) من التقنين العراقي، والمادة (١١٧٣/ ٢) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي: يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه.

(٥) يقال: السوم عرض السلعة على البيع، و يقال: سُمْتُ فلانًا سلعة سومًا: إذا قلت أتأخذها بكذا من الثمن.

(٦) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ليس عدم سماع الدعوى قاصرًا على مضي المدة الطويلة المتقدم بيانها؛ بل يمنع المدعي=

اليد المدة المحدودة لمنع سماع الدعوى[(١)].

الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار؛ أي طلب شراء شيء من غيره، وطلب هبته منه، وطلب إيداعه عنده، وطلب إجارته له يمنع دعوى الملك للطالب؛ لأن كلًّا منها إقرار بأن ذلك الشيء ملك لذي اليد، فيكون الطلب بعده تناقضًا والاستنكاح في الأمة يمنع دعوى الملك، وفي الحرة يمنع دعوى النكاح، كذا في مجمع الفتاوى، لو ادعى على آخر مالًا فقال الخصم - أي المدعى عليه - على وجه الدفع أبرأني عن دعواه وبرهن، فادعى ثانيًا أنه - أي المدعَى عليه - أقر بعد الإبراء، فلو كان قال - أي الخصم - أبرأني وقبلته، أو قال: صدقته في ذلك لم يصح دفع الدفع؛ يعني دعوى الإقرار، وإن لم يكن قال: قبلت الإبراء صح؛ لأنه إذا لم يقل ذلك جاز أن يكون المال عليه لرده الإبراء؛ لأنه يرتد بالرد، بخلاف ما إذا قال: قبلت الإبراء؛ لأنه بعد القبول لا يرتد بالرد.

قوله: والاستئجار منع الدعوى به إذا لم يدع ملكيتها بشراء وليه في صغره، وكون هذه الأشياء إقرارًا بعدم الملك للمباشر متفق عليه، وأما كونها إقرارًا بالملك لذي اليد ففيه روايتان، على رواية الجامع: يفيد الملك لذي اليد وعلى رواية الزيادات لا، وهو الصحيح كذا في الصغرى، وفي جامع الفصولين: صحح رواية إفادة الملك فاختلف التصحيح للروايتين ويبنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره.

وقال في جامع الفصولين: الحاصل من جملة ما مر، أن المدعي لو صدر عنه ما يدل على أن المدعي ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ولغيره للتناقض، ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره؛ لأنه إقرار بعدم ملكه لا بملك المدعي عليه، ولو صدر عنه ما يحتمل الإقرار وعدمه؛ فالترجيح بالقرائن، وإلا فلا يكون إقرارًا للشك.

***

= من سماع دعواه إذا وجد منه ما يدل على اعترافه بالملك لواضع اليد، ولو لم يمض على ذلك المدة الطويلة؛ لأنه بدعواه الملك بعد اعترافه يعد ساعيًا في نقض ما تم من جهته، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وينبني على ذلك ما يأتي:

الأول: أنه إذا ساوم شخص آخر في العين التي تحت يده بطريق البيع أو الإجارة ليبيعها له أو يؤجرها إياه، أو طلب منه أن يودعها عنده أو يؤجرها له أو طلب منه أن يعيرها إياه، ثم ادعى بعد ذلك أن العين ملكه، فلا تسمع دعواه بعد المساومة أو طلب الإيداع أو الإجارة أو الإعارة؛ لاعترافه ضمنًا بالملك للمدعى عليه فلا تقبل دعواه.

(١) وإذا استام أو استأجر أو استعار أو استوهب العين التي ادعى ملكيتها ممن هي في يده، فإن ذلك دليل بحسب الظاهر على أنه غير مالك؛ إذ الإنسان لا يستام ولا يستوهب ملك نفسه، المعاملات الشرعية المالية : ص : ٦٩.

● (مادة ١٥٥) : من كان واضعًا يده على عقار بطريق الإجارة أو الإعارة وهو مقر بالإجارة أو العارية، فليس له أن يتمسك بمرور خمس عشرة سنة على وضع يده في منع سماع دعوى المؤجر أو المعير عليه؛ فإن كان منكرًا للإجارة أو العارية جميع تلك المدة، والمدعي حاضر وهو تارك للدعوى عليه مع التمكن منها ووجود المقتضى لها؛ فلا تسمع دعواه بعد ذلك.

محل منع سماع الدعوى بعد مضي المدة إذا لم يكن وضع اليد بطريق الإجارة أو الإعارة، فإن كان واضع اليد مستأجرًا أو مستعيرًا معترفًا بالإجارة أو الإعارة، فليس له أن يتمسك بمضي المدة وهو واضع اليد؛ لاعترافه بأنه ليس بمالك وأن الملك للمؤجر أو المعير، فلو أنكر الإجارة أو الإعارة في جميع مدة وضع يده، ومضت المدة المقررة؛ لمنع سماع الدعوى والمدعي حاضر ولم يخاصم مع تمكنه من المخاصمة، ووجود الداعي لها وهو إنكاره الإجارة أو الإعارة، فلا تسمع دعواه بعد ذلك؛ لأن سكوته المدة الطويلة يدل على أنه غير محق في دعواه.

***

● (مادة ١٥٦) : إنما لا تسمع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف على واضع اليد إذا تحقق ترك الدعوى بلا عذر شرعي في المدة المحدودة[(١)].

إذا ترك مدعي الملك أو الإرث أو الوقف الدعوى في المدة الطويلة؛ وهي خمس عشرة سنة في الملك المطلق، وثلاث وثلاثون في الإرث والوقف، فإن كان عنده عذر من الأعذار الشرعية يمنعه من الدعوى، كأن كان مريضًا أو مسافرًا أو قاصرًا أو مجنونًا وليس لهما ولي أو وصي جاز سماع الدعوى، ولا عبرة بوضع اليد في تلك المدة؛ لأن العلة هي ترك الخصومة مع التمكن، وهو لم يتمكن؛ لوجود العذر، ومن المقرر أن المعلول يدور مع علته وجودًا وعدمًا، ويتفق ذلك مع المادة (٩٤٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنص على ما يأتي: « من حاز حق ملكية أو حقًا عينيًا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني، أو حاز حق ملكية أو حقًا عينيًا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي »[(٢)].

---

(١) « المعاملات الشرعية المالية : ص : ٦٩.

(٢) يتفق ذلك مع المادة (٩٢٦) من التقنين الكويتي.

(مادة ١٥٧) : إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحدودة؛ كأن كان المدعي غائبًا أو قاصرًا أو مجنونًا ولا ولي لهما ولا وصي، فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف[1] ما لم يحضر الغائب ويبلغ الصبي، ويفق المجنون، ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو إفاقته مدة تساوي المدة المحدودة.

لو حضر المسافر، وبلغ الصبي، وعقل المجنون وترك كل منهم الدعوى بعد زوال العذر مدة خمس عشرة سنة في الملك المطلق، ومدة ثلاث وثلاثين في الإرث والوقف لا تسمع منهم الدعوى، وقد نصت المادة (٥٢٠) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك الذي أصدره مجمع البحوث الإسلامية في مصر على ما يأتي: « يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بيته ما يأتي :

١- أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف إن كان أجنبيًّا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز، أو بتصرف أن يخرجه من يده أو يغير ذاته، إن كان أجنبيًّا شريكًا أو كان قريبًا مطلقًا .

٢- أن يدعي حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز، ولو لم يبين سبب الملكية.

٣- أن يكون المنازع للحاضر ببلد الشيء المحاز وعلم بالحيازة وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة ».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: تصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف، كتصرفه فيه ببيع أو هبة أو بكثير بناء، أو هدم أو كثير غرس شجر أو قطعه، أو استغلاله بإجارة أو مساقاة أو انتفاعه به بزرع أو سكنى، وتصرف فيه بنوع تصرف يخرجه من يده أو يغير ذاته، كتصرفه فيه ببيع أو هبة أو بكثير بناء أو هدم أو كثير غرس شجرًا وقطعه، ومعنى الإطلاق في قريب المنازع، هو كونه شريكًا له أو غير شريك، والمراد بحضور المنازع ببلد الشيء المحاز هو حضوره به حقيقة، أو حضوره به حكمًا، بأن يكون قريبًا منه، بحيث لا يخفى عليه حال الشيء المحاز، والمراد بالعذر: هو المانع الذي يحمله على عدم المطالبة بحقه، كإكراهه على السكوت أو صغره أو سفهه أو جهله بملكيته للشيء المحاز أو جهله بأن الحيازة تسقط حق المنازع وتقطع بينته فلا يعذر به، **ويعلم من هذا النص:**

أولًا: أن تصرف الأجنبي الذي ليس شريكًا يكفي فيه بأن يكون أي نوع من أنواع التصرف، بخلاف تصرف الأجنبي الشريك أو القريب مطلقًا؛ فإنه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « الواقف»، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

الشيء المحاز من يده أو يغير ذاته.

ثانيًا: أن مجرد الحيازة بدون دعوى الملكية لا يكفي في استحقاق الشيء المحاز؛ لأن الحيازة لا تنشئ ملكًا، وإنما تدل على ملك المدعي.

ثالثًا: أنه إذا تخلف شرط من شروط الحيازة؛ فإنها لا تعتبر وتسمع معها دعوى المنازعة وبينته[1].

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٣٧٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها: « تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الأدبي الذي يحول دون المطالبة بالحق، أو كان راجعًا إلى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان، وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب »[3].

---

(١) الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٤١٤، الشرح الكبير وحاشيته : ٤/ ٢٠٦، شرح المجموع : ٢/ ٢٧٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٣٧٤) : ص : ١١٤.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٣٨٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١ - « لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيًا، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

٢- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو في حق الغائب، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونًا ».

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في اعتبار المانع الأدبي عذرًا يقطع مدة التقادم أو المنع من عذرًا يقطع المدة المعتبرة للتقادم أو المنع من سماع الدعوى؛ فقد ذكر الحطاب: فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام؛ فإن حقه لا يبطل، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصغر فيكون المراد بالخوف خوف المدعي من الذي هي يده العقار؛ لكونه ذا سلطان أو مستندًا لذي سلطان. (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : ٦/ ٢٢٢).

ويلاحظ أن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية: أن الحق لا يسقط أو ينقضي بمرور الزمن، طال هذا الزمن أو قصر، وذلك استنادًا إلى الحديث الشريف الذي يقول: « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم »، ومن ثَمَّ كان عدم سماع الدعوى استثناء لا يؤخذ به إلا إذا توفر شرطاه، وهما وجود العذر الشرعي الذي تتعذر معه المطالبة بالحق، وترك الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها، ويقابل ذلك أن توافر هذين الشرطين يتحتم معه منع سماع الدعوى متى تمسك به المدين، دون نظر إلى الاعتبارات الأخرى التي تساق لتبرير التقادم، ولا شك في أن عدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جناية يعتبر عذرًا شرعيًا يحول دون إمكان المطالبة بالحق، سواء كانت المدة المقررة؛ لعدم سماع الدعوى خمس سنوات أو أقل أو أكثر من ذلك، فالعذر الشرعي والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى أمران متلازمان، وغني عن البيان أن العذر الشرعي هو قيام المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه.

والمادة المذكورة تطابق في حكمها المادتين (٤٣٥، ٤٣٦) من التقنين العراقي.

فالمادة (٤٣٥) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي؛ كأن يكون المدعي صغيرًا أو محجورًا، وليس له ولي، أو غائبًا =

(مادة ١٥٨) : وإذا ادعى في أثناء المدة في مجلس القضاء على واضع اليد ولم تفصل الدعوى، فلا مانع من سماعها ثانيًا ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المحدودة.

لو خاصم المدعي واضع اليد عند القاضي في مجلس القضاء قبل مضي المدة المانعة من سماع الدعوى، ولم يفصل القاضي في الخصومة وأهملت الدعوى حتى مضى على وضع اليد المدة الكافية؛ للمنع من سماع الدعوى جاز للقاضي سماعها، ولكن محل ذلك ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المقررة؛ لعدم سماع الدعوى، فإن مضت المدة بعد الدعوى الأولى ولم يكن عنده عذر يمنعه من الدعوى فلا يجوز للقاضي سماعها.

***

(مادة ١٥٩) : المطالبة في أثناء المدة المحدودة في غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارًا.

تكون المخاصمة أمام القاضي كما تقدم، فإن طلب المدعي العين من واضع اليد عليها

= في بلاد أجنبية نائية أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه.

٢- والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر ».

و المادة (٤٣٦) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: « إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين ».

وتطابق في حكمها المادتين (٤٥٧، ٤٥٨) من التقنين الأردني.

فالمادة (٤٥٧) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: « يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق.

١ - ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة ».

و المادة (٤٥٨) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: « إذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة؛ لسماع الدعوى بغير عذر شرعي، وكان للبعض الآخر عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر أنصبتهم ».

وتطابق في حكمها المادتين (٤٤٦، ٤٤٧) من التقنين الكويتي.

فالمادة (٤٤٦) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١- « لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيًا، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب.

٢- ويعتبر مانعًا يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جناية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونًا ».

والمادة (٤٤٧) من هذا التقنين تنص على أنه «إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة إلى بعض ورثة الدائن؛ فإن المدة لا توقف بالنسبة إلى بقية الورثة ».

في غير مجلس القضاء فلا تعتبر تلك المطالبة، ولو حصلت مرارًا، وحينئذٍ لا تكون تلك المطالبة قاطعة للمدة؛ بل لواضع اليد أن يضم المدة التي بعد المطالبة إلى التي قبلها، فإن بلغت المدتان المدة المحدودة ثم ادعى أحد على واضع اليد بعد ذلك، فلا تسمع منه الدعوى.

***

● (مادة ١٦٠) : من كان واضعًا يده على عقار اشتراه فلا تسمع دعوى الملك عليه ممن كان معه في البلد، وهو يعلم البيع ورآه، وهو يتصرف فيه بناءً وزرعًا وغير ذلك، وسكت عن دعواه ولو لم يمض على وضع اليد خمس عشرة سنة، ووارث إن كان حاضرًا يعلم البيع ويرى التصرف كمورثه في عدم سماع الدعوى منه.

إذا باع أحد لآخر عينًا من الأعيان سواء كانت عقارًا أو منقولًا أمام شخص، فتسلم المشتري المبيع بحضرته وتصرف فيه تصرف الملاك، وهو حاضر كأن بنى في العقار أو غرس فيه أشجارًا أو زرعه، أو كان المبيع من الأقمشة فجعله ثوبًا ثم أراد بعد ذلك مخاصمة المشتري فلا تسمع دعواه؛ لأن حضوره وقت البيع ومشاهدته للتصرف، ولم ينكر على المشتري ولم يخاصمه في ذلك الوقت بدون عذر يعد اعترافًا منه بالملك، ولو مات ذلك الشخص وأراد وارثه أن يدعي فليس له ذلك؛ لاعتراف مورثه بالملك للمشتري ضمنًا.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٣٧٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

١ - « تنقطع المدة المقرر لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارًا صريحًا أو ضمنيًا.

٢- ويعتبر إقراره ضمنيًا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالًا له مرهونًا رهنًا حيازيًا تأمينًا لوفاء الدين »[2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٣٧٦) : ص : ١١٥.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (٣٨٤) من مشروع القانون المدني المصري، مع استبدال عبارة : « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بكلمة (التقادم) الواردة في نص مشروع القانون المدني المصري.

والمادة (٤٣٨) من التقنين العراقي.

والمادة (٤٥٩) من التقنين الأردني التي تنص على أن : « إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى ».

والمادة (٤٥٣) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

وتتفق هذه المادة أيضًا مع ما ورد في المادة (٣٧٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى.

٢- على أنه إذا حكم بالدين أحد الحكم قوة الأمر المقضي، أو انقطعت المدة بإقرار المدين، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة »[٢].

= ١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارًا صريحًا أو ضمنيًا.

٢- ويعتبر إقرارًا ضمنيًا ترك المدين مالًا له تحت يد الدائن إذا كان المال مرهونًا رهنًا حيازيًا تأمينًا لوفاء الدين، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه في الامتناع عن رده إلى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملًا بالمادة (٣١٨).

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٣٧٧)، ص : ١١٦.

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٣٨٥) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

« ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.

٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمنًا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم ».

وتخالف النص المقترح في المشروع نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية:

١- يشير النص المقترح إلى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدلًا من نظام التقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

٢- يقضي النص المقترح بأنه إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بقرار المدين، فأن المدة الجديدة تصبح خمس عشرة سنة، ولو كانت المدة الأولى أقل من ذلك؛ بحيث يسري هذا الحكم على جميع المدد التي تقل عن خمس عشرة سنة، دون تفرقة بين دين وآخر.

بينما يقصر التقنين الحالي هذا الحكم على الديون التي تتقادم بسنة واحدة، مع أنه لا مبرر للتفرقة في هذا الصدد بين حقوق أصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء التي تتقادم بسنة واحدة؛ إذ يقوم التقادم في كلا الفريقين على قرينة الوفاء، والواقع أن هذه التفرقة لم تكن مقصودة في الفقرة الثانية من المادة (٣٨٥) من التقنين الحالي؛ حيث يرجع ذلك إلى أن المادة المقابلة للمادة (٣٧٦) من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي كانت تنص على: تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بسنة واحدة، فكانت تدخل في الحقوق التي تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين، ولما عدلت مدة التقادم فيها، فارتفعت إلى خمس سنوات لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة (٣٨٥)، لا سيما وأن هذا لا يتسق مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٧٩) من أنه إذا حرر سند بالدين بحق من الحقوق التي تدخل في أيٍّ من الفريقين المذكورين، فإن مدة التقادم يرتفع إلى خمس عشرة سنة؛ حيث إن تحرير سند بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين.

وقد راعى المشروع في هذا التعديل أن قرينة الوفاء هي الاعتبار الأساسي الذي يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوى بالنسبة إلى الديون التي تتقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة، سواء كانت هذه المدة خمس سنوات أو سنة واحدة، وذلك نظرًا إلى طبيعة هذه الديون التي لا يؤلف أن يسكت عنها أصحابها مدة طويلة، فإذا انقطعت المدة بإقرار المدين انتفت =

● (مادة ١٦١) : لا تسمع دعوى الملك على واضع اليد من ولد البائع ولا من أقاربه أو زوجته الذين كانوا حاضرين وقت بيع العقار له وعالمين به وسكتوا عن دعواه، ولو لم يمض على بيعه خمس عشرة سنة.

إذا باع شخص عقارًا أو حيوانًا أو ثوبًا لآخر، وكان أحد أقاربه يعلم ذلك، كولده أو أبيه أو أخيه أو زوجته ثم ادعى أنه ملكه فلا تسمع دعواه بعد ذلك؛ إذ لم يكن عنده عذر يمنعه من إقامة الدعوى وقت البيع؛ لأن سكوته وقت البيع يعد اعترافًا منه بالملك للبائع، وأنه ليس له حق فدعواه بعد ذلك تعد سعيًا في نقض ما تم من جهته وكل من سعى في نقض ما تم من

= هذه القرينة، وأصبح الدين في عداد الديون العادية التي لا تسمع الدعوى فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة، فكما تنتفي قرينة الوفاء في حالة الحكم بالدين، فإنها تنتفي كذلك في حالة انقطاع المدة بالإقرار، وكما أن الحكم يقوي الالتزام، ويمده بسبب جديد للبقاء، فلا يمتنع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم، فكذلك الحال بالنسبة إلى الإقرار، فلا يمتنع سماع الدعوى بالدين المقر به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الإقرار، حيث تزول عن الدين صفته الأولى، فتسري في شأنه مدة عدم سماع الدعوى الأصل، وهي خمس عشرة سنة، وبذلك يغدو هذا الحكم متسقًا مع ما تقرره المادة (٣٧/ ٢) من المشروع من أنه إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يعتبر سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

٣- أغفل النص المقترح ما ورد في نص التقنين الحالي من جعل الدين المحكوم به، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة؛ وذلك نظرًا إلى أن هذا ليس إلا تطبيقًا للقواعد العامة، فيؤخذ به دون حاجة إلى القصر عليه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (٣٩) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى.

٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز درجة الثبات أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة ».

، وتقابل المادة (٤٦١) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى.

٢- ولا يسقط الحق مهما كان نوعه إذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن ».

وتتفق مع المادة (٤٥٠) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مسائلة للمدة الأولى.

٢- ومع ذلك فأن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية:

١ - إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى.

٢- إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره.

إذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقًا للمادة (٤٤٠) أو بمرور سنة واحدة وفقًا للمادة (٤٤٢) وانقطعت المدة بإقرار المدين ».

جهته فسعيه مردود عليه.

ولا يشترط في عدم سماع دعوى القريب مشاهدته لتصرف المشتري كما تقدم في الأجنبي على الصحيح، بل مجرد اطلاعه على بيع قريبه بدون مخاصمة يمنعه من سماع الدعوى.

قال الإمام مالك: من حاز عقار غيره عشر سنين منع الغير من سماع الدعوى، وهذا إذا كان أجنبيًّا، فإن كان قريبًا سواء كان شريكًا في العقار أو غير شريك فلا تعتبر الحيازة، إلا إذا طال تصرف الحائز بالهدم والبناء ونحوهما مدة طويلة نحو ستين سنة، وتختلف الحيازة في المنقول باختلاف حالته، ففي دابة للركوب وفي نحو أثاث المنزل ثلاث سنين، وفي نحو ثوب سنة.

وأمَّا الديون الثابتة في الذمة، فقيل: تسقط بمضي عشرين سنة بدون عذر، وقيل: لا تسقط إلا بمضي ثلاثين سنة، واختار ابن رشد: أنها متى كانت ثابتة لا تسقط وإن طال الزمان، وكان ربه حاضرًا ساكتًا قادرًا على الطلب؛ لخبر: « **لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم** »، وفوض بعضهم الأمر؛ لاجتهاد القاضي ونظره في حال الزمن وحال الناس وهو ظاهر.

***

باب: في نزع الملك

● (مادة ١٦٢) : **لا ينزع ملك أحد من يده بغير حق شرعي.**

الأصل أنه لا ينزع ملك أحد من يده جبرًا عنه بغير حق شرعي؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

وحق الملكية حق مقدس محترم قِبَل جميع الناس، فمن ملك شيئًا فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفًا مطلقًا، شرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف، فلا يعارض المالك في ذلك ولا ينقص من حقه شيء، ويتفق ذلك مع المادة (٨٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها: « لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعمال واستغلاله والتصرف فيه ».

وقد نص الدستور الصادر في (١١ سبتمبر ١٩٧٢م) في المادة (٢٢) منه على ما يأتي: « الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال، ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب ».

وقد نصت المادة (٩٧) من المجلة على أنه: « لا يجوز أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي »[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٠٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها: « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل »[٣].

***

● (مادة ١٦٣) : **إنما ينزع الملك من يد صاحبه إذا تصرف فيه بوجه من وجوه التصرفات السالبة للملك بمجرد العقد كالبيع.**

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٧) وشرحها.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨٠٨) : ص : ٣٢٠.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٨٠٥) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (١٠٢٠) من التقنين الأردني، والمادة (١٠٥٠) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذا التقنين يقضي بأن يدفع التعويض مقدمًا.

يجري نقل الملك باختيار المالك وتصرفه الجائز شرعًا الناقل للملك متى وجد العقد مستوفيًا شرائطه الشرعية كالبيع والهبة، وعقد البيع عقد معاوضة يفيد الملكية للعين المباعة، فمتى تم العقد فقد تم نقل ملك العين، ومتى تم نقل ملك العين فقد انتقلت إلى مالكها كل الحقوق عليها، ومنها البيع للغير والتمليك بأي وجه، فشرط عدم جواز التمليك في عقد البيع مبطل له.

وأمَّا في التبرع بهبة أو صدقة بشرط عدم البيع أو الهبة إلَّا لمن يجيزها له الواهب، فهو شرط صحيح والهبة جائزة؛ لأن الواهب متبرع فله أن يشترط ما يرى أنه محقق لمنفعة ما وهب للموهوب له فيحمل بالشرط[1].

***

● (مادة ١٦٤) : إذا كان المالك مديونًا دينًا ثابتًا عليه شرعًا يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج إليها في الحال، ومنها مسكنه الضروري إذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعي، ويباع قضاء إذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه ويبدأ في البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين.

أجاز العلماء نزع الملك جبرًا عن المالك في بعض الأحوال للضرورة، وكما إذا كان المالك مدينًا بدين ثابت عليه وامتنع عن قضاء دينه، فإنه يجوز للقاضي أن يبيع من ملكه جبرًا عنه بقدر ما يقضي به دينه إذا طلب الدائن ذلك، مراعاةً لحقه فيقوم القاضي مقام المدين عند امتناعه عن أداء دينه كما قام مقام العنين والمجبوب في طلاقه إذا امتنع، ولكن يلزم القاضي أن يراعي في ذلك مصلحة المدين كما يراعي مصلحة الدائن، فيبيع الأيسر فالأيسر من ماله بثمن مثله، فلا يتساهل فيبيع بالغبن؛ لأنه أمين في البيع والأمين يجب عليه القيام بما عهد إليه خير قيام وإلا عد خائنًا، والله لا يحب الخائنين.

فإن كان عند المدين مال من جنس الدين قضاه منه، وكذا لو كان عنده نوع من أنواع النقود مخالف لجنس الدين؛ لأنه قريب منه، فإن لم يكن عنده ذلك باع من عروضه قدر ما يقضي به الدين مع مراعاة مصلحة المدين، فيبيع ما يتسارع إليه الفساد، ثم يبيع الأيسر فالأيسر من المنقولات؛ فإن وفيَّ فبها، وإلا باع من العقار ما يقضي بثمنه الدين، ويلزم القاضي أن يترك للمدين ما هو لازم لنفقته ونفقة زوجته، وأولاده الصغار وأرحامه، وجميع من

---

(١) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٤٥٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها: «يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين».

تلزمه نفقتهم، ومن ذلك المسكن الضروري المعد لسكناه وسكنى أولاده وثيابه والغلة التي في منزله، بحيث إذا كان مزارعًا لا تزيد عن وقت ظهور الغلة الجديدة، وبالجملة يجب على القاضي أن لا يبيع ما هو من حوائجه الضرورية الأصلية؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، وقال أبو حنيفة: لا يجوز للقاضي البيع جبرًا عن المدين؛ لأنه بيع لا عن تراضٍ فيكون باطلًا، بل يحبسه القاضي إذا كان له مال، وثبت مطله حتى يضطر إلى بيع ماله لقضاء دينه؛ لأنه ظالم يستحق التعزير بالحبس، وليس ذلك بإكراه له على البيع؛ لأنه يجوز له أن يقضي الدين بأية كيفية كانت سواء كان بالبيع أو برهن عين من أمواله أو باقتراض مقدار الدين من شخص آخر، والأول أظهر متى كان القاضي مراعيًا مصلحة الدائن والمدين.

***

● (مادة ١٦٥) : إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد له ثمنه مقدرًا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة[١].

من الأحوال التي يجوز فيها نزع الملك بغير رضا المالك ما إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك؛ كأن كانت أرض محتاجة إلى شق جدول أو إلى إيجاد طريق، فإنه يجوز للقاضي نزع الملك ولو جبرًا عن المالك؛ لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ولكن لا تؤخذ منه إلا بعد إعطائه ثمنها المقدر بمعرفة أهل الخبرة الموثوق بعدالتهم، فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو نحو ذلك إلَّا لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق أو نحو ذلك من المصالح العامة، مما يقتضي تقديم المصلحة العامة أو لحق تعلق بملكه كبيعه جبرًا لنفقة زوجه أو في مال المفلس، وقد نصت المادة (١٢١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « لذي الحاجة أن يأخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن »[٢].

***

● (مادة ١٦٦) : مصلحة الموقوف عليهم تجب رعايتها فلا يؤخذ مكان وقف لاتساع طريق للعامة إلا إذا استبدل بأحسن منه صقعًا وأكثر نفعًا وأغزر ريعًا.

---

(١) جاء في حاشية أبي السعود على شرح الملا مسكين : ٢/ ٥١٩: « ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرهًا؛ لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين بكره وزادوا في المسجد زيلعي، وهذا من الإكراه الجائز ».

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢١٦).

إذا كانت الأرض المراد نزعها وقفًا وجب مراعاة الوقف بقدر ما يمكن، فلا تؤخذ أرض الوقف للمصلحة العامة، كاتساع الطريق إلا بعد استبدالها بأحسن منها صقعًا وعمارًا وأكثر منها نفعًا وأغزر ريعًا.

ويتفق ذلك مع المادة (٨٠٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ونصها: « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلَّا في الأحوال التي يقدرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل »، ويتفق كذلك مع المادة (١٠٥٠) من التقنين العراقي.

***

● (مادة ١٦٧) : إذا اقتضى الحال أخذ أرض من الأراضي الأميرية من يد من هو منتفع بزراعتها لإدخالها في طريق العامة أو لغير ذلك من المصالح العامة يرفع عن صاحبها من المال المربوط بقدر ما يؤخذ منه.

أمَّا إذا كانت الأرض المقتضى أخذها للمصلحة العامة ملكًا للحكومة، ولكنها تحت يد أحد المزارعين بإذن الحكومة؛ ليزرعها وينتفع بها، ويدفع في نظير ذلك الخراج، فإنه يجب رفع الخراج عن المزارع بمجرد أخذها منه؛ لأن بقاءه عليه بعد نزع الأرض ضرر عليه، والضرر يزال شرعًا.

بقي ما إذا أصلحها وصرف عليها مصروفات زائدة عن المنفعة التي استفادها منها أملًا في أن ينتفع بها في المستقبل فأخذت منه قبل ذلك الظاهر أنه يلزم الحكومة دفع تعويض له؛ لأنها غررت به.

***


فهرس موضوعات المجلد الأول

***



وبهذا ينتهي المجلد الأول

ويليه المجلد الثاني وأوله:

« في المداينات والعقود والأمانات والضمانات »